

جامعة بغداد - كلية الحقوق :

الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية

تأليف الاستاذ

محمد حسين الذهبي

استاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق العراقية
والاستاذ بكلية الشريعة بالقاهرة

الطبعة الاولى

١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف

شركة الطبع والنشر الاهلية ذات المسؤولية المحدودة - بغداد



shiabooks.net

رابطہ بدیل < mktba.net

الأحوال الشخصية

بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية



تأليف

الاستاذ

محمد حسين الذهبي

أستاذ الشريعة في كلية الحقوق العراقية

والاستاذ في كلية الشريعة بالقاهرة



الطبعة الاولى

١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف

شركة الطبع والنشر الاهلية ذات المسؤولية المحدودة بغداد

أللهم بك استعنت • وعليك توكلت
واليك أنبت ، يا من لا اله الا أنت
ألهمني التوفيق والسداد ، وأولني
الهدى والرشاد ، ومدني بفصلك
يا كريم •

بسم الله الرحمن الرحيم

((تقديم الكتاب))

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، وخاتم النبيين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين ، وبعد : فقد ندبت من الأزهر الشريف لتدريس الشريعة في كلية الحقوق العراقية سنة ١٩٥٥ - ١٩٥٦ م ، فقامت بتدريس الأحوال الشخصية لطلبة الصف الاول ، وألقيت عليهم محاضرات ، فيها شيء من الاسهاب ، ولكني لم أتمكن من تدوين ما ألقيت عليهم لضيق الوقت ، ولاني اعتذرت عن العودة الى العمل في العراق ، لأسباب قاهرة تخصني وحدي ، ولا أتمكن معها من العمل في الحقل الدراسي ، بالشكل الذي أرتضيه لنفسي ، وأشعر معه اني قد أدت واجبي ، وأرضيت ربي . ثم كانت ظروف غير الظروف ، وأحداث غير الاحداث ، وتبدل لوجه التاريخ في الوطن العراقي العربي ، وكان أن دعيت الى العودة للعمل في العراق ، لتدريس الشريعة في كلية الحقوق ، فما كان مني الا أن أجبت الطلب ، رغبة في خدمة العراق الشقيق ، في عهده الجديد ، رغم بقاء الظروف الخاصة التي تعوقني عن مغادرة الاهل والوطن . ولكن أمام الواجب يهون كل شيء ، ومن أجل الصالح العربي العام ، جئت الى العراق ، وأسند الي دراسة الاحوال الشخصية مرة اخرى بالصف الاول من كلية الحقوق ، كما أسند الي دراسة أصول الفقه بالصف الرابع منها .

وقد رأيت هذه المرة ألا أقفوت على طلابي تدوين هذه المحاضرات ، حتى تكون لهم مرجعا يرجعون اليه في استذكار دروسهم ، بعد ما رأيت منهم الرغبة في ذلك ، وما كان لي أمام هذه الرغبة الا أن أجيب طلبهم ، وأحقق

أملهم ، فوضعت لهم هذا الكتاب ، مراعيًا فيه عدم الاسهاب ، الذي تعودته معهم في محاضراتي ، كما راعيت فيه أن أتعرض لمذهب الحنفية والجعفرية في كل مسائله ، لانهما المذهبان المعمول بهما رسميًا في العراق ، ومع ذلك فما أخليت من ذكر أقوال أصحاب المذاهب الأخرى ، عندما أرى حاجة إلى ذكر أقوالهم ، وحتى لا نجمد على مذهب واحد بعينه ، فمذاهب المسلمين الفقهية كثيرة والحمد لله ، وفي تتبعها ، والوقوف عليها ، والتخير منها ، خير كثير ، وتيسير على الناس أي تيسير •

وقد أرجح مذهبًا على مذهب في بعض المسائل ، لما أراه من قوة الدليل ، ولما أعتقد من أنه أكثر تمشيًا مع روح العصر ، ومصالح المسلمين •
وقد ألقيت التعصب جانبًا • بل أشهد الله أنني ما عرفته صفة لي يوما ما •
وهل ضل المسلمون الا يوم أن تعصبوا للهوى ، وجمد كل على رأيه ، فكانوا شيعة وأحزابا ، كل حزب بما لديهم فرحون !! ••

وقد قدمت بين يدي البحث مقدمة تشتمل على بيان مختصر عن نشأة الفقه الاسلامي وتطوره ، وعن صلاحيته لكل زمان ومكان ، وعن معنى الاحوال الشخصية ، وعن التعريف ببعض المصطلحات الفقهية التي يرد ذكرها في هذا الكتاب •

ثم قسمت الكتاب الى أقسام ثلاثة : القسم الاول : في الزواج وأحكامه والقسم الثاني : في فرق النكاح وآثارها - والقسم الثالث : في النسب وتوابعه - وختمت الكتاب بتوجيه كلمة الى القراء •

ورجوت الله الكريم : أن يلهمني الصواب فيه ، ويعم النفع به ، انه بالاجابة جدير وعلى كل شيء قدير •

المقدمة

(١) نشأة الفقه الاسلامي وتطوره (٢) التشريع الاسلامي صالح لكل زمان ومكان ، (٣) معنى الاحوال الشخصية (٤) بيان لبعض المصطلحات الفقهية .

١ - نشأة الفقه الاسلامي وتطوره : -

الشريعة الاسلامية هي الشريعة التي ختم الله بها شرائع السماء ، وجعلها خالدة وكتب لها البقاء ، الى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، لذا كانت سليمة الاساس ، قوية البناء ، محكمة النظام ، وافية بحاجة الافراد والجماعات ، جاء القرآن وجاء فيه الهدى والنور ، وجاءت السنة وكان فيها طب الانسانية وشفاء ما في الصدور . وكان في القرآن عام ، ومطلق ، ومجمل . . . ، فجاءت السنة تخصص العام ، وتقييد المطلق ، وتوضيح المجمل ، وتكشف عن أحكام طواها القرآن ، وعهد الله لرسوله عليه الصلاة والسلام أن يبينها للناس .

« وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم ولعلهم يتفكرون » .
« انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله » . . .

كان التشريع الاسلامي على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم بعيدا عن الخلاف كل البعد ، ضرورة أن سلطة التشريع كانت للنبي وحده ، دون أن يكون لغيره دخل في ذلك ، وكان مرجع الرسول صلى الله عليه وسلم في التشريع الوحي بقسميه ، المتلو : وهو القرآن ، وغير المتلو : وهو السنة «^١» . وفي عصر الرسول لم يثبت الفقه جملة واحدة ، بل كانت مسائله متتابعة

(١) كل ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم من تشريع ولم يكن في كتاب الله فهو وحي عن الله ، لان الله يقول في شأن نبيه (وما ينطق عن الهوى ، ان هو الا وحي يوحى) ويقول (من يطع الرسول فقد أطاع الله) .

متجددة ، تبعا لتجدد الحوادث والنوازل ، وكان القرآن ينزل منجما على حسب هذه الحوادث ، وكذلك كانت فتاوي الرسول صلى الله عليه وسلم .
وفي عصر الصحابة انقطع الوحي بقسميه ، بموت الرسول صلى الله عليه وسلم ، ولكن بعد أن تمت قواعد الدين الكلية ، واستقرت مبادئ عامة يرجع اليها المجتهدون في اجتihadهم . ويسيرون على ضوئها في فتاواهم « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا » .

انتقلت سلطة التشريع والقضاء الى خلفاء الرسول من الصحابة ، فكانت مهمة شاقة ، لانه قد جد من الحوادث والاقضية ما يحتاج الى بيان حكمه ، وتوضيح الرأي فيه ، وكانت طريقتهم في البحث عن الاحكام ، أن يعمدوا أولا الى كتاب الله فان لم يجدوا فيه الحكم عمدوا الى السنة ، فان لم يجدوا فيها ، اجتهدوا في تطبيق القواعد الكلية للكتاب والسنة على هذه الوقائع ، والحوادث ، ثم خرجوا على الناس بحكم فيها .

لم يكن ذلك بدعا في الدين ، بل هو أمر قرره الرسول ورضيه لهم ، حيث يقول لمعاذ بن جبل لما وجهه الى اليمن « كيف تقضى اذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضى بكتاب الله ، قال فان لم تجد في كتاب الله ؟ قال فبسنة رسول الله . قال فان لم تجد في سنة رسول الله ؟ قال أجتهد رأيي ولا آلو ، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم في صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله .

ولقد سار الصحابة على هذا النهج الذي رسمه الرسول لهم ، فهذا أبو بكر رضى الله عنه ، كان اذا ورد عليه الخصوم ، نظر في كتاب الله فان وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به ، وان لم يكن في الكتاب وعلم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك سنة قضى بها ، فان أعياه خرج فسأل المسلمين .
أتاني كذا وكذا ، فهل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في ذلك بقضاء ؟ فربما اجتمع عليه نفر كلهم يذكرون فيه عن رسول الله صلى الله عليه

وسلم قضاء ، فان أعياء أن يجد فيه سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم ، فان أجمع رأيهم على شيء قضى به • وهذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، يقول لشريح حينما ولاه قضاء الكوفة « انظر ما يتبين لك في كتاب الله فلا تسأل عنه أحدا ، ومالم يتبين لك في كتاب الله فاتبع فيه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومالم يتبين لك في السنة فاجتهد فيه رأيك ، واستشر أهل العلم والصلاح » •

وهكذا كان مسلك أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في استنباط الاحكام الفقهية ، رجوع الى كتاب الله ، ثم الى سنة رسول الله ، ثم الى اجماع أهل الحل والعقد ، ثم الى القياس • والأجماع والقياس في حقيقتهما يرجعان الى الكتاب والسنة ، لان الاجماع لا بد له من مستند من الكتاب أو السنة ، والقياس لا يثبت حكما ، وانما يكشف عن حكم الشارع في المقيس •

والتشريع في عهد الصحابة يمتاز بأنه كان مقصورا على ما ينزل بهم من حوادث ووقائع ، فلم يكن هناك مسائل فرضية ، ووقائع خيالية ، يحكمون عليها ويفتون فيها ، كما فعل المتأخرون • كما يمتاز بأنه كان بعيدا عن الجدل والخلاف اللهم الا في حدود ضيقة • وكان من السهل أن يرجع الصحابي عن رأيه الى رأي غيره ، مادام يرى أن الحق في جانبه، وكان بعضهم يحيل في الفتيا على بعض، وهذا هو تسامح الاسلام ، وصفاء المسلمين •

ثم جاء دور الامويين ، واتسعت رقعة الخلافة، وتفرق المسلمون في البلاد ، وكانت فتن كقطع الليل، فصار الناس في الدين شيعة، وأحدثوا فيه بدعا وبدعا ، وتأثر الفقه الاسلامي بهذا الخلاف ، وتعددت فيه المذاهب ، وكثر النزاع ، واشتد الجدل بين الفقهاء ، ولكن لم يخل الحال من فقهاء منصفين معتدلين • وان كانوا هم أيضا مختلفين في مشاربهم الفقهية ، وفريق يتجه ناحية النصوص الشرعية ، وهؤلاء يعرفون بأهل الحديث ، وفريق يتجه ناحية القياس وان كان لا يهمل النص، وهؤلاء يعرفون بأهل الرأي — وفي هذا

العصر اتسعت مباحث الفقه وكثرت مسائله ، ضرورة كثرة الوقائع ، وتعدد النوازل •

ثم جاءت الدولة العباسية ، وكانت امتدادا للخلافات المذهبية وبشكل أوسع ، لدخول كثير من الفرس في الاسلام ، واندساس أصحاب الالهواء الفاسدة بين المسلمين ، ولكن مع ذلك كان تدوين العلوم من أبرز مميزات هذا العصر •

وكان الفقه ضمن ما دون من علوم ، وكان لتدوينه مظهر من القوة والاستيعاب والضبط ، والترتيب لابوابه ، والتدعيم لقواعده • فكان من وراء ذلك ثروة فقهية هائلة ، كل ماجاء بعدها عالة عليها ، ومستمد منها ، وكانت بغداد أكبر موطن لنشاط الفقه الاسلامي في هذا العصر •

ثم سقطت بغداد سنة ٦٥٦ هـ ، وتلاحقت الفتن ، وكثرت المحن ، وتقطعت أوصال الامة الاسلامية ، فأثر كل ذلك في نشاط الحركة الفقهية • فقل عند العلماء التجديد ، وتمكن منهم التقليد ، وصار لفظ الامام ينزل عند مقلديه - كما يقول القاضي عياض - منزلة ألفاظ الشارع ، وبعد أن كان المرجع الاول للفقهاء كتاب الله وسنة رسوله ، صار المرجع هو كتب الائمة المجتهدين ، تقرأ ، وتدرس ، فمن وعائها ، وحفظ ما فيها ، كان هو الفقيه بين الناس ، ومن ألف حينئذ في الفقه لم يعد عمله أن يكون شرحا لمختصر ، أو اختصارا لمطول ، أو تدليلا لقروء مذهب على أساس من التعصب الاعشى والهوى المرذول ، حتى وجد من هؤلاء من يقول « كل آية أو حديث يخالف ما عليه أصحابنا فهو مؤول أو منسوخ » •

بهذا التعصب المذهبي أقام هؤلاء الغلاة المقلدون سدودا بين الناس وبين الكتاب والسنة ، وأصبحت الشريعة في نظرهم هي ما عرفوا وحفظوا عن أئمتهم وأدعوا زورا وبهتاناً أن باب الاجتهاد قد أغلق ، ومعاذ الله أن يغلق باب الاجتهاد ، وانما الذي أغلق هو عقولهم وقلوبهم !! ••

- امتدت هذه الحركة الفقهية التقليدية الى القرن العاشر الهجري ، ومع

ذلك لم تخل من فقهاء كان لهم شأن في استنباط المسائل ، وتخريجها على أصول مستقيمة من الكتاب والسنة ، ولكنهم لم يوجهوا همتهم الى الاجتهاد ، وانما وجهوها الى التأليف فقط ، ومن هؤلاء خليل بن اسحق الكردي المصري المالكي المتوفى سنة ٧٧٦ هـ وتقي الدين السبكي الشافعي المتوفى سنة ٦٨٣ هـ والكمال بن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٧٨٨ هـ وابن تيمية الحنبلي المتوفى سنة ٧٢٨ هـ وتلميذه ابن القيم المتوفى سنة ٧٥١ هـ وهما من أكثر الفقهاء تحررا من التقليد •

ومن القرن العاشر الهجري الى الآن ساءت حال الفقه الاسلامي ، لان العلماء تمكنت منهم العصبية المذهبية ، وبالغوا في التقليد ، وانصرفوا الى دراسة الكتب المعقدة وحل رموزها ، وقعدوا عن البحث والتأليف الحر المستقل ، وما وجد من ذلك فشيء قليل لا يفي بالغرض ، ولا يتناسب مع ما جد للناس من أقضية •

ولوجه الحق نقول : انه قد وجدت أخيرا محاولات متكررة ، في مناسبات مختلفة ، ترمي الى نبذ التعصب لمذهب بعينه ، واطرح التقليد لامام بذاته ، وتهدف الى انتقاء الايسر على الامة ، والاكثر تمشيا مع المصلحة العامة ، من مجموعة الفقه الاسلامي العام ، بصرف النظر عن قائله ما دام لا يصادم أصلا شرعيا من الاصول المقررة • ولكن لا زلنا في أول الطريق ، والامر في حاجة الى خطوات حازمة حاسمة • تجدد نشاط الفقه الاسلامي ، وتوجه اليه أنظار المغرضين ، وتلوي نحوه أعناق الكاشحين ، وما ذلك على الله بعزيز •

٢ - التشريع الاسلامي صالح لكل زمان ومكان : -

عرفنا أن القرآن والسنة هما مصدر التشريع الاسلامي ، وما وراء ذلك من مصادر راجع اليهما • ومعتمد عليهما • والقرآن كما يقول الرسول صلى الله عليه وسلم « •• هو الفصل ليس

بالهزل ، من تركه من جبار قصصه الله ، ومن ابتغى الهدى في غيره أضله الله »
وهو طريق السعادة في الدنيا والآخرة كما يقرر ذلك النبي عليه الصلاة والسلام
بقوله (أن هذا القرآن طرفه بيد الله وطرفه بأيديكم فتمسكوا به فانكم لن
تهلكوا ولن تزلوا بعده أبدا) • وفي السنة ما في القرآن من هداية ، وفيهما
معاً سعادة الانسان وخيره ، لما فيهما من تعاليم قيمة لا تقص فيها ولا التواء ،
ولا لبس فيها ولا خفاء ، كما قال عليه السلام « لقد تركتكم على المحجة
البيضاء ، ليلها كنهارها • لا يزيغ عنها الا هالك • »

والحق أن هدى الله هو الهدى ، وأن شريعة الله فوق شرائع الناس ،
وأن ما اصطلح عليه الناس من قوانين وتعاليم ، لا يمكن أن يكون فيها
سعادة الفرد والجماعة ، لانها ثمرة عقل البشر ، والبشر يخطئ ويصيب ،
ويتأثر بالهوى والغرض ، ويندفع وراء الشهرة والشهوة ، ويتأثر بالوسط
والبيئة ، ويخضع لسلطان العاطفة وحكم العادة ، ويدور في فلك محدود ،
لا ينفذ عقله الى ما وراء محيطه ، ولا تسمو مداركه الى ما وراء حدوده
وقيوده ، ومع هذا فبعض من استهوهم الشيطان يريدون التحلل من كل قديم
ولو جمع الخير كله ، ويتعلقون بكل جديد ولو جمع الشر من أطرافه ، !!

يعيبون الشريعة الاسلامية ، ويرمونها بالجمود والخمود ، ويدعون
زورا وبهتاناً أنها لا تصلح لهذا الزمان ، ولا يمكن أن تسير روح العصر ،
وعجيب أن ينسب هؤلاء الى الاسلام ويحسبوا عليه ، وأعجب منه أن يتنكروا
لشريعته بعد أن اعترف بها ، وسلم بسعة أفعها أعداء الاسلام • فقد وجه
مؤتمر القانون المقارن المعقود في لاهاي سنة ١٩٣٧ م دعوة الى الازهر ليشارك
في هذا المؤتمر فأجاب الدعوة ووجه وفدا من علمائه • تقدم ببحثين هامين •
أحدهما : في بيان المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية في نظر الاسلام
وثانيهما : في علاقة القانون الروماني بالشريعة الاسلامية ، ونفى ما يزعمه
بعض المستشرقين من تأثير الفقه الاسلامي بهذا القانون •

وقد أثار وفد الازهر اعجاب الاعضاء ، وكانت النتيجة أن قرر المؤتمر ما يأتي :-

- أولا - اعتبار الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر التشريع العام .
- ثانيا - اعتبار الشريعة الاسلامية شريعة حية صالحة للتطور .
- ثالثا - اعتبارها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها .

وبعد فمخطيء كل الخطأ من لا يؤمن بمسايرة الشريعة الاسلامية لكل عصر ، وصلاحياتها لكل جيل وقبيل ، ومنكر لعقله . من ينكر أن الاسلام بتعاليمه ومراسيمه قد بلغ مرتبة الكمال التشريعي ، حتى شهد له بذلك أعداؤه ، ورجعوا الى كثير من آرائه ، وطبقوها على أنفسهم .

ان الشريعة الاسلامية تتسع لكل ما يجد للناس من أفضية ، وتقوم بتنظيم شئونهم ، والوفاء بحاجاتهم ، مهما تباعدت ديارهم ، وتباينت أجناسهم واختلفت عاداتهم وطباعهم ، ولا يجحد ذلك الا من سفه نفسه .

حقا ان ما يجد للناس من أمور ، لا يقف عند حد ، ولا يدخل تحت حصر ، وقصير النظر من يتطلب لهذه الامور المتجددة يوما بعد يوم ، نصا صريحا من القرآن أو السنة يمكن تطبيقه عليها . فالشريعة الاسلامية - سواء منها ما يرجع الى الكتاب ، أو الى السنة - لم تجر أحكامها على طريقة واحدة من التفصيل والبيان ، بل عالجت بعض المسائل على استقلال ، وأدمجت كثيرا من المسائل تحت قواعد كلية ، وتركت للمستنبطين من أولى العلم ، تطبيق هذه القواعد الكلية على المسائل الجزئية ، ما جد منها وما يجد ، وعلى هذا تفهم قول الله تعالى « ما فرطنا في الكتاب من شيء » .

والناظر في أصول الفقه الاسلامي ، لا بد أن يسلم - منصفا - برحابة أفق الشريعة الاسلامية ، ومقدار صلاحيتها لتنظيم حياة الناس ، وتكفلها بمعالجة شئونهم ، فالاجتهاد وهو أصل من أصول الشريعة الاسلامية ، دعت اليه وحثت عليه ، ومراعاة العرف وتغير الفتوى بتغيره ، ومراعاة المصالح

المرسلة ، والاستحسان، وسد الذرائع، وغير ذلك من الاصول المقررة، أكبر شاهد على ما نقول .

ولكن بعض المترمتين، أساءوا الى سمعة الفقه الاسلامي، فأوجبوا تقليد الائمة الاربعة ، دون سواهم، بل جرت بعض البلاد الاسلامية على التزام مذهب امام معين ، لا تحيد عنه قيد شعرة ، فحجروا بذلك على الناس واسعا ، وهم بهذا يحكمون على الفقه الاسلامي ، بأنه عاجز عن سد حاجات الناس !! . ولو أن هؤلاء الواقفين عند مذهب واحد ، أو عند مذاهب الائمة الاربعة دون غيرها ، أدركوا قيمة ماصح عن الامام أحمد رضى الله عنه من أنه قال : « من قلة فهم الرجل أن يقلد في دينه الرجل » ، وما ثبت عن مالك رضى الله عنه من أنه لم يقبل أن يحمل أبو جعفر المنصور «^١» الناس على موطنه . وما ثبت عنه من قوله « ما من أحد الا ويؤخذ من قوله ويترك الا رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

لو أدركوا هذا ما ذهبوا الى ما ذهبوا اليه ، ولتركوا للناس أن يأخذوا من الفقه الاسلامي ، ما يتمشى مع روح العصر الذي يعيشون فيه ، أيا كان قائله، ما دام لا يصادم أصلا صحيحا من الاصول الثابتة المقررة .

وفقهاء الاسلام — والحمد لله — كثير، والاجتهاد باق الى يوم القيامة ، لم يغلق بابه دون أحد ، كما يظن بعض الناس ، بل بابه مفتوح لكل من له المام تام بوسائل الاجتهاد الصحيحة السليمة .

ولو أن الله هيا للشريعة الاسلامية مجمعا علميا ، يضم المشتغلين بالفقه الاسلامي . من جميع أقطار المسلمين ، يؤازرهم في ذلك أقطاب القوانين الوضعية ، وعلماء الاجتماع ، ورجال الاقتصاد ، لوصلوا الى خير كثير ، ولاستطاعوا أن يحببوا الناس في الشريعة الاسلامية ، ويحملوا المعرضين عنها، والزاهدين فيها ، على احترامها ، والأخذ بها .

تلك أمنية من أعذب الأماني ، نرجوا تحقيقها ، وعسى أن يكون قريبا «١» .

٣ - معنى الاحوال الشخصية :

أحكام الشريعة الاسلامية نوعان :

الاول - أحكام اعتقادية ، وهي ما يتعلق بعقيدة الانسان ، من الايمان بالله ، وملائكته وكتبه ، ورسله ، واليوم الآخر وما فيه . الخ .

الثاني - أحكام عملية : وهي قسمان . عبادات ومعاملات ، فالعبادات ، تشمل كل عمل يقوم به المرء نحو ربه ، من صلاة ، وصيام ، وزكاة ، وحج وغير ذلك .

والمعاملات . تشمل كل عمل يقوم به الانسان نحو بني جنسه ، كالبيع ، والاجارة ، والرهن ، والزواج ، والطلاق ، ويلحق بذلك القتل والقصاص .

وقد جد اصطلاح قانوني . لا يعرفه الفقهاء من قبل ، ولم يذكر في كتبهم ، وهو لفظ « الاحوال الشخصية » الذي يطلقه رجال القانون على ما يتعلق بشخص الانسان ، كالزواج ، والطلاق ، والنسب ، والميراث ، والنفقة ، وما الى ذلك . ويجعلون في مقابلة هذا القسم . قسما ثانيا . وهو قسم المعاملات المدنية ، وقسما ثالثا . وهو قسم الجنايات .

٤ - بيان بعض المصطلحات الفقهية : -

رأيت أن أضع بين يدي القارئ بيانا لمعاني بعض المصطلحات الفقهية التي كثيرا مايرد ذكرها في هذا الكتاب . لما لمست من حاجة الطلاب لمعرفة معانيها ، لانهم حديثوا عهد بدراسة الشريعة : واليك البيان .

الفرض - هو ماطلب الشارع فعله على سبيل الحتم والالزام ، وكان

(١) أطلنا الكلام هنا لكثرة ما دار بيني وبين بعض الطلبة في هذا الموضوع ، ورأيت من الخير أن أبرزه بصورة واضحة حتى يطمئن المتشككون .

ثبوته بدليل قطعي لا شبهة فيه • وحكمه ، الثواب على فعله ، والعقوبة على تركه بغير عذر • وكفر جاحده • وذلك كالصلاة ، والزكاة ••

الواجب — هو ما طلب الشارع فعله على سبيل الحتم والالزام ، وكان ثبوته بدليل ظني فيه شبهة • وحكمه • مثوبة فاعله ، وعقوبة تاركه بلا عذر ، ولا يكفر جاحده ، بل يحكم بنفسه • وذلك كفرًا الفاتحة في الصلاة • «١»
المندوب — هو ما طلب الشارع فعله من غير الزام • وحكمه أن فاعله يستحق الثواب ، وتاركه لا يستحق العقاب ، وقد يستحق اللوم والعتاب ، وذلك كصلاة ركعتين قبل الصبح •

الحرام — هو ما طلب الشارع تركه على سبيل الحتم والالزام ، وكان ثبوته بدليل قطعي لا شبهة فيه • وحكمه عقوبة فاعله — وذلك كالزنا ، وأكل مال اليتيم •

المكروه تحريماً — هو ما طلب الشارع تركه على سبيل الحتم والالزام ، وكن ثبوتها بالدليل الظني — وحكمه عقوبة فاعله ولكن دون عقوبة الحرام — وذلك كالخطبة على خطبة الغير •

المكروه تنزيهاً — هو ما طلب الشارع تركه لا على سبيل الحتم والالزام • وحكمه أن فعله لا ثواب ولا عقاب عليه ، ولكنه خلاف الأولى كأكل لحوم الخيل «٢» •

المباح — هو ما خير الشارع فيه المكلف بين الفعل والترك • وحكمه أنه لا ثواب على فعله ، ولا عقاب على تركه ، وذلك كالأكل ، والتنزه •
الركن — هو ما كان داخلاً في ماهية الشيء وحقيقته ، بحيث يوجد بوجوده ، وينعدم بانعدامه • كالأيجاب والقبول في عقد الزواج •

(١) التفرقة بين الفرض والواجب مذهب الحنفية أما غيرهم فالكل يطلق عليه اسم الواجب •

(٢) هذا التقسيم للحرام والمكروه على مذهب الحنفية • أما غيرهم فيطلقون الحرام على ما يشمل الحرام والمكروه تحريماً عند الحنفية • ويوافقونهم في المكروه تنزيهاً ولكنهم لا يقيّدونه بوصف التنزيه •

الشرط — هو ما كان خارجا عن ماهية الشيء وحقيقة ، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط • ولكن يلزم من عدمه عدمه • كالوضوء بالنسبة للصلاة •

السبب — هو كل أمر جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم ، وانتفاءه علامة على انتفائه وليس بينه وبين شرعية الحكم مناسبة • كزوال الشمس بالنسبة لصلاة الظهر •

العلة — هي كل أمر جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم ، وانتفاءه علامة على انتفائه ، بشرط أن يكون بينه وبين شرعية الحكم مناسبة كالسفر بالنسبة لجواز الفطر في رمضان — وبعضهم يطلق على هذا النوع اسم السبب أيضا •

الصحيح — هو المشروع بأصله ووصفه • وذلك كالبيع المستوفى أركانه وشروطه •

الباطل — هو ما لم يشرع بأصله ولا وصفه ، كزواج الام أو الاخت الفاسد — هو ما شرع بأصله دون وصفه وذلك كالزواج المنعقد بدون شهود «١» •

الموقوف — هو ما شرع بأصله ووصفه ، ولكن لا تترتب عليه آثاره بالفعل لمانع خارجي • كزواج المرأة بأقل من مهر مثلها دون رضى الولي •

(١) يأتي فيما بعد شرح مفصل في بيان الباطل والفاسد وهل هما شيء واحد أو مختلفان .

« القسم الاول »

« الزواج »

الباب الأول

((في مقدمة الزواج ومقدمات العقد))

الفصل الأول

((في مقدمة الزواج))

(١) معنى الزواج (٢) نظام الزواج قبل الإسلام وفي الإسلام (٣) حكمة مشروعيته (٤) عناية الشارع به وترغيب الناس فيه (٥) صفته الشرعية • •
معنى الزواج لغة : اقتران الشيء بالشيء وارتباطه به • ومنه قوله تعالى
« احشروا الذين ظلموا وأزواجهم » أي وقرنائهم • وقوله « وإذا النفوس
زوجت » أي قرن كل قرين بقرينه •

ومعناه شرعا : عرف الزواج بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين
بالآخر على الوجه المشروع • كما عرف بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصدا •
وكلا التعريفين لا يسلم من اعتراض ، لأن التعبير بالحل بالنسبة لكل من
الزوجين في التعريف الأول ، لا يفيد أن حق الاستمتاع بالمرأة ، ملك خاص
بالزوج لا يشاركه فيه غيره ، والتعبير بالملك في التعريف الثاني يوهم أن
استمتاع المرأة بزوجها ملك خاص لها فلا يحل له التزوج باخرى تشاركها في
هذا الحق • لذا كان خير تعريف للزواج هو : أنه عقد يفيد - اصاله - ملك
استمتاع الرجل بالمرأة وحل استمتاع المرأة بالرجل ، فقيده اصاله في التعريف
يخرج ملك استمتاع السيد بأتمته لانه تابع للملك ، والتعبير في جانب الرجل
بالمالك ، وفي جانب المرأة بالحل يفيد أن أثر العقد بالنسبة للرجل يغير أثر
العقد بالنسبة للمرأة •

فالرجل يملك بالعقد حق الاستمتاع بالمرأة دون غيره • وهذا معناه عدم

جواز تعدد الأزواج لامرأة واحدة ، والمرأة يحل لها الاستمتاع بزوجها لا على صفة الملكية لهذا الحق واختصاصها به ، بل للرجل أن يشرك معها في هذا الحق زوجة ثانية وثالثة ورابعة . ومعنى ذلك جواز تعدد الزوجات للرجل الواحد .

٢ - نظام الزواج قبل الاسلام :

غريزة الانسان الجنسية . وما ركز في طبيعته من حبه للبقاء - بقاء النوع بالتناسل - أكبر عامل من عوامل الاتصال بين الرجل والمرأة ، وأول اتصال عرف بين الرجل والمرأة اتصال آدم أبي البشر بحواء أمهم . وكان هذا الاتصال بطبيعة الحال زوجا مشروعاً ، شرعه الله فكان ، وكان من ورائه عمارة الكون، بما بث في الارض من نسلهما وفرق فيها من ذريتهما « يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساءً ... »

ولم نعرف من نظم الزواج بين أولاد آدم الأولين أكثر مما رواه ابن جرير عن ابن مسعود وناس من الصحابة رضى الله عنهم « أنه كان لا يولد لآدم عليه السلام مولود الا ولد معه جارية فكان يزوج غلام هذا البطن جارية البطن الآخر . ويزوج جارية هذا البطن غلام هذا البطن الآخر - جعل افتراق البطون بمنزلة افتراق النسب للضرورة اذ ذاك » «١»

ثم تتابعت الأجيال ، وتواردت الرسل ، وتنوعت الشرائع ، وكان للزواج في كل شريعة نظام متبع . وقوانين مرعية ، ولسنا بقادرين على ابراز صورة واضحة صادقة لنظام الزواج في كل شريعة ، لان طريق معرفة ذلك هو النقل الصحيح ، ولم يصلنا من ذلك شيء يوثق به ، ويركن اليه . وكل ما وصلنا هو نظام الزواج في الشريعة الموسوية ، وأبرز ما فيها اباحة تعدد الزوجات على صورة أوسع من نظام تعدد الزوجات في الاسلام ، ووصلنا كذلك نظام الزواج

في الشريعة العيسوية ، وأبرز مظاهره قصر الزواج على واحدة ، وحصر الطلاق في دائرة محدودة ضيقة •

ويذكر بعض العلماء ، أن أول امة عرفها التاريخ، كان الزواج فيها قاصرا على امرأة واحدة قدماء المصريين في عهد الفراعنة ، ويقال ان هذه العادة - عادة تحريم التعدد - لم تعرف في أوروبا الا بعد دخول الاسكندر المقدوني بلاد مصر، واطلاع الاوربيين الذين وفدوا اليها بعد ذلك على حال قدماء المصريين في المعيشة الزوجية، فنقلوا الى بلادهم من الاحكام والانظمة التي لا نظير لها عندهم ما نقلوا ، وغيروا وبدلوا في أنظمة الاسرة ، وأحكام القوانين ببلادهم، بما رأوه أفضل وأحسن في مصر - ولسنا نعلم مبلغ هذا القول من الصحة وان كان العقل لا يستبعده «١» •

هذا • ولاشك أن العالم كان قبيل مجيء الاسلام على حال من الفوضى في نظام الزوجية وعلى الاخص في جزيرة العرب مهد الرسالة ومهبط الوحي - كان من أهلها من لا يزال على الاباحة المطلقة ، وكان منهم من لا يرى بأسا في أن يشاركه غيره في امرأة واحدة، وكان منهم من يجمع من النساء أي عدد شاء • وعلى الجملة، فقد كان هناك ألوان من الانكحة ، لم تقرها الشريعة الاسلامية بل أبطلتها ، وحرمت الاخذ بها •

كانت المرأة تورث كما يورث المتاع • يرثها أولياء زوجها بعد موته عنها فان شاءوا زوجها واحدا منهم • وان شاءوا لم يزوجوها فنهاهم الله عن ذلك بقوله « يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعضهن ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة ... الآية » روى البخاري وأبو داود عند تفسير هذه الآية أنهم « كانوا اذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته ان شاء بعضهم تزوجها ، وان شاءوا زوجها ، وان شاءوا لم يزوجوها ، فهم أحق بها من أهلها » «٢» • وكان الولد يتزوج زوجة أبيه

(١) انظر المختارات الفتحية ص ١٣ •

(٢) تفسير الألوسي ج ٤ ص ٢١٦ •

بعد موته فجاء النهي صريحا في قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف .. الآية » .

ومن الأنكحة التي كانوا عليها ، الجمع بين الأختين . وقد ورد النهي عن ذلك في قوله تعالى عظما على المحرمات من النساء « .. وأن تجمعوا بين الأختين الا ما قد سلف » .

وكانوا يقرون فكاك الشغار ولا يرون به بأسا ، وصورته ، أن يزوج الرجل موليته رجلا آخر ، على أن يزوجه الآخر موليته ، وتكون كل منهما مهرا للآخرى ، وقد نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن هذا النكاح وحرمه . ويروى عن عائشة رضى الله عنها أن النكاح كان في الجاهلية على أربعة أنحاء . فنكاح منها نكاح الناس اليوم ، يخطب الرجل الى الرجل ابنته أو موليته فيصدقها ثم ينكحها ، ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته اذا طهرت من طمها - أي حيضها - أرسلني الي فلان فاستبضعي منه ويعتزلها زوجها ولا يمسه حتى يتبين حملها من ذلك الرجل ، ونكاح آخر يجتمع الرهط ما دون العشرة ، فيدخلون على المرأة كلهم يصيبونها فاذا حملت ، ووضعت ، ومرت ليال بعد أن تضع ، أرسلت اليهم ، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها ، فتقول لهم ، قد عرفتم الذي كان من أمركم ، وقد ولدت فهو ابنك يافلان ، تلحقه بمن أحببت فلا يستطيع أن يمتنع ، ونكاح آخر رابع يجتمع كثير من الناس فيدخلون على المرأة فلا تمتنع ممن جاءها وهن البغايا ، كن ينصبن على أبوابهن الرايات ، فمن أرادهن دخل عليهن ، فاذا حملت احداهن ووضعت ، جمعوا لها ، ودعوا لها القافة ، «١» فالحقوا ولدها بالذي يرون ، فالتايط «٢» به ، ودعى ابنه لا يمتنع منه ، فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم هدم نكاح الجاهلية كله الا نكاح الناس اليوم «٣» .

(١) القافة هو من يعرف التشابه بين الافراد فيلحق الولد بأشبه الناس به .

(٢) أي التصق به والتحق بنسبه .

(٣) انظر المختارات الفتحية ص ١٨ ، ١٩ .

هذه ألوان من أنكحة الجاهلية كلها فساد ظاهر ، وهناك ألوان أخرى من الزواج ، أقرهم الاسلام عليها ، لانه لم ير فيها ما يجافي الذوق السليم ، أو يتنافى مع الطبع المستقيم •

٣ - نظام الزواج في الاسلام :

جاء الاسلام، والزواج على حال من الفوضى التي عرفتھا فيما تقدم ، فما كان منه - وهو الدين الذي ختم الله به الاديان ، وجعله صالحا لكل عصر وزمان - الا أن أبطل ما كان للجاهلية من أنكحة مردولة ممقوتة ، وأقر منها ما يتمشى مع الذوق العام والطباع السليمة ، ونظم حياة الاسرة بما يضمن لها السعادة ، ويوفر لها الحياة المستقرة الهادئة •

أباح النظر الى المرأة والتعرف عليها قبل خطبتها • وأباح تعدد الزوجات الى أربع عندما تدعو الضرورة الى هذا التعدد ، ومنع التعدد وحذر منه عندما لا تكون حاجة • الا ارضاء شهوة النفس ، دون توخ للعدل بين الزوجات « • • فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا • • » وبينت الشريعة المحرمات من النساء ، بسبب القرابة ، أو المصاهرة ، أو الرضاع ، وقصرت الزوجة على زوجها ، وجعلت للمرأة رأيا في اختياره ، وأعطتها الولاية على نفسها • وقررت المهر تكريما لها • واعلاءً لقدرها • واعلانا عن مكاتبتها وشرفها ، وبينت مالكل من الزوجين من حقوق وما عليه من واجبات قبل الآخر • • وأخيرا وضعت نظام الفرقة بين الزوجين حين يتعذر الوفاق ويتحتم الانفصال ، وهكذا تجد نظام الزواج في الاسلام في غاية من الدقة والحكمة • الدقة والحكمة في انشائه • والدقة والحكمة في بقاءه • والدقة والحكمة في انهائه • فتبارك الله رب العالمين •

٤ - حكمة مشروعية الزواج : -

نريد بالحكمة ، ما يهدف اليه الشارع من تحقيق مصالح العباد ، بجلب

الخير لهم، ودفع الضرر عنهم، والزواج من أحكام الله التي لا تخلو من حكمة، بل فيه من الحكم ما يشهد به العقل، ويقرره الواقع الملموس ، •• ومنكر حكمة الزواج منكر لعقله وحسه ، طبع على قلبه فلم يعقل ما تقرره بدهة العقول ، وختم على سمعه وبصره ، فلم يسمع ولم يبصر ما يدور حوله من استقرار في حياة الزوجية المشروعة ، واضطراب في حياة العزوبة ، والاختلاط غير المشروع •

شرع الله الزواج - وهو الحكيم العليم - لمصالح مختلفة، شرعه لمصلحة الفرد ، وشرعه لمصلحة الأسرة ، وشرعه لمصلحة الأمة • وشرعه بعد ذلك لمصلحة النوع الانساني كله •

أما مصلحة الفرد : -

فذلك أن كلا من الرجل والمرأة فيه من الغريزة الجنسية ، ما يدفعه الى الاتصال بالآخر ، ولو أباح الله للرجل والمرأة أن يجتمعا لمجرد اشباع الرغبة وقضاء الشهوة ، دون حدود وقيود ، لكان من وراء ذلك القوضى الشاملة ، والمفاسد المهلكة المدمرة ، التي تترتب على الاختلاط بين الرجال والنساء ، على طريق الاشتراك والشيوع •

أما ارتباط الرجل بالمرأة على الوجه المشروع، ففيه سعادة الرجل وسعادة المرأة على سواء، فيه تحصين النفس بقضاء وطرها من الطريق الذي أحله الله لها ، وفي هذا حفظ للأخلاق والاعراض ، وفيه اختصاص الرجل بالمرأة التي اختارها شريكة حياته • والاختصاص يوفر الطمأنينة ، ويبعد عن الشك والريبة ، ويجنب الانسان مسالك العداوة ، ومواطن الشحنة ، التي تنشأ كثيرا من التنافس على المرأة • وبعد ذلك راحة البال لكل من الزوجين ، فالزوج الذي يكد طول يومه يأتي الى البيت فيلقي همومه ، ومتاعبه على بابه، ثم يدلف الى شريكة حياته فيجد فيها الامل والسكن • ويستروح في جوارها العطف والمودة ، وصدق الله حيث يقول « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم

أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون » •

والزوجة التي تكون في كنف ، رجل يشملها برعايته ، ويحوطها بعنايته ، ويوفر لها كل ما تحتاج اليه ، زوجة سعيدة في حياتها • وأي شيء في دنياها ترجوه بعد السعادة ؟ •

وأما مصلحة الاسرة :-

فان الاسرة التي هي لبنة في بناء المجتمع الانساني العام ، تتكون في حقيقتها من الزوج ، والزوجة ، والاولاد، الذين هم ثمرة الزوجية •

والزواج على النحو المشروع خير ما يكفل للأسرة سعادتها ، ويوفر لها خيرا وهناءها ، فالزوج قد أخذ زوجته بأمانة الله ، واستحلها بكلمة الله ، وارتبط بها برباط مقدس على جهة الدوام ، وألزمه الله بواجبات يقوم بها نحو زوجته ، من حسن المعاشرة ، وأدب المساكنة ، وتوفير الراحة لها ، كما ألزم الزوجة بواجبات تقوم بها نحو زوجها من القيام على مصالح البيت ، والزواج، والولد، وأن تكون له الشريك المخلص على أية حال ، ان نظر اليها سرته ، وان أمرها أطاعته ، وان غاب عنها حفظته في نفسها وماله •

والولد الذي هو ثمرة الزوجية ، ينشأ بين أبوين ينتسب اليهما ، ويقومان على تربيته ، وتهذيبه، واعداده لمواجهة الحياة، فلا يكون شيئا مهملا، مضيعا، ولا يصير كلا على الامة ، وبلاء على المجتمع ، كما هو الشأن في الاولاد الذين هم ثمرة الجريمة • جريمة السفاح والاباحية • وبهذا الاطمئنان والاستقرار الذي يتوفر لافراد الاسرة ، تكون الحياة هادئة رتيبة ، ومن وراء ذلك ، الخير كل الخير ، والسعادة كل السعادة •

وأما مصلحة الامة :-

فالامة هي مجموعة الأفراد ، كيانها منهم ، وقوتها بهم ، فاذا ما تناسل أفرادها تناسلا منظما مشروعا ، وتكاثروا تكاثرا مضطردا متزايدا ، كان في

هذه الكثرة ، منعة الامة وغيظ العدو •

والامة هي مجموعة الاسر • واذا استقرت حياة الاسر في أمة ما ، استقرت حياة الامة كلها ، والدولة التي تمشي على نظام شرعي في حياتها العائلية ، لابد أن تتوفر لها كل مقومات الراحة والطمأنينة ، لان استقرار الحياة البتية يؤدي ضرورة الى استقرار حياة الامة في مجموعها ، فتتصرف بكليتها وبدون شواغل معوقة الى الانتاج في ميدان الزراعة ، والصناعة ، والعمل بكل صنوفه وألوانه •

والامة التي ينشأ الاولاد فيها ، في كنف آبائهم وامهاتهم ، يقومون على تربيتهم وتوجيههم الى الحياة الكادحة العاملة ، أمة يرجى لها الخير ويؤمل لها السعادة •

والامة التي يعيش أفرادها عيشة الحيوانات ، ينزوا ذكورهم على اناثهم ، دون قواعد ولا قوانين ، وينشأ فيها أولاد من سفاح ، لا يعرفون لهم عائلا يلوذون به ، ولا موجهها يسترشدون بتوجيهاته وارشاده ، أمة لا يرجى لها خير ، ولا يمكن أن تقوم لها قائمة •

ومن خلل الرأي مايقال من أن الاولاد الذين يولدون نتيجة اتصال غير مشروع ، يمكن أن تتولاهم هيئة حكومية ، أو غير حكومية ، كالملاجيء العامة، تقوم على تربيتهم والعناية بشأنهم •• من الخطل والخطأ أن يقال ذلك ، لان الواقع يكذبه • (فالحرب العالمية الاخيرة نتج عنها وجود عدد كبير من الاطفال لا آباء لهم ولا امهات فقامت على رعايتهم ملاجيء ، وكانت هذه فرصة مواتية للموازنة بين الطفل يتربى بين أبويه ، والطفل يتربى في الملاجيء ، من حيث النمو الجسمي ، والعقلي ، والعاطفي ، والخلقي ، وقد انتهزها العلماء لهذه الدراسة، فوجدوا أنه من ناحية النمو الجسمي في السنة الاولى ، ينمو ابن الملجأ نموا حسنا ، ربما كان خيرا من نموه بين أبويه لو تكفلاه ، لفضل الرعاية الصحية ، والغذاء الطبي ، والكفاية منه في الملاجيء الاوربية ، وبعد

مجاوزه العام الاول ، يدخل فى التكوين الجسمي عامل العاطفة ، والنطق ، والتكوين العقلي ، وهنا نجد الطفل بين أبوين ، يفوق ابن الملجأ فى ذلك ، وله أثره فى الجسم (١) .

وأما مصلحة النوع الانساني : -

فليس المقصود من الزواج هو قضاء الشهوة فحسب ، والا كان الانسان والحيوان على درجة سواء ، وانما المقصود الاصلي ، هو حفظ النسل ، وبقاء النوع الانساني ، الذي استخلفه الله فى الارض ، واستعمره فيها ، وليس قضاء الشهوة التي هي أثر رغبة الجنس واندفاعه نحو الجنس ، الا وسيلة لطلب الولد ، وتحقيق النسل . ولذا نجد القرآن الكريم كثيرا ما ينوه ويمتن على عباده بنعمة الولد ، الذي يكون ثمرة الزوجية الصحيحة فيقول فى سورة الروم « ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية » ويقول فى سورة النحل « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمة الله هم يكفرون » . وكذلك نجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يرغب فى طلب الولد من طريق الزواج ، ولا يرضى للمسلم بالزوجة العقيم التي لا تلد ، لان الشهوة ليست كل شيء ، وانما الولد والولد أولا ، هو الذي يجب أن يطلب ويرجى من وراء الزواج . روى معقل بن يسار أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني أصبت امرأة ذات حسب وجمال وانها لا تلد ، أفأتزوجها فقال : لا . ثم أتاه الثانية فنهاء ، ثم أتاه الثالثة ، فقال « تزوجوا الودود الولود فانني مكاثركم بكم » .

قد يقول قائل ان بقاء النوع الانساني ، يتحقق ويتم بمجرد اجتماع الرجال بالنساء دون تقييد بقيود ، ودون الرجوع الى نظام متبع ، ومنهج

(١) هامش الاحوال الشخصية للشيخ أبي زهرة ص ١٨ ، وانظر ما نقله بعد ذلك عن كتاب « أطفال بلا أسر » ترجمة محمد بدران ورمزي يسى .

مشروع ، كما هو الشأن في سائر الحيوانات ! وللرد على هذا نقول :
ان بقاء النوع الانساني ، يخالف بقاء سائر الحيوانات ، اذ أن بقاء
الانسان لابد أن يكون على أكمل وجوه البقاء وأرقاها ، حتى يتمشى ذلك مع
منزلته التي خصه الله بها حيث يقول « ولقد كرمنا بني آدم » وحيث يقول
« اني جاعل في الارض خليفة » أي آدم وذريته . استخلفهم الله في الارض
لعمارتها واستثمارها الى أن يرث الله الارض ومن عليها . ولا يتحقق بقاء
الانسان على الوجه الأكمل . وصلاحيته لهذه المهمة التي وكلها الله اليه الا
باتباع أحكام الزواج التي جاءت بها شريعة الله لانها شريعة تنظم التناسل ،
وتنظم المحافظة على النسل ، وتدعو للعمل على رقيه واسعاده .

أما مجرد اتصال الرجل بالمرأة ، دون حدود ولا قيود ، فهذا رغم ما فيه
من عوامل الهدم والفساد ، لا يمكن أن يكون من ورائه حفظ النوع من
الفناء ، وان حفظ من الفناء ، فلا يمكن أن يكون على حال تناسب انسانيته ،
وتلائم كرامته ، واعتبر ذلك بالامم التي يقل فيها الزواج فانها توشك على
الانقراض الذي هو نتيجة حتمية لعدم التناسل المنظم .

ه - عناية الشارع بالزواج وترغيب الناس فيه : -

يعتبر الزواج بعق ، أهم العلاقات التي ينشئها الانسان في حياته ،
وأعظمها خطرا ، وأبعدها أثرا ، فهو من العلاقات التي يقصد فيها الدوام ،
ويترب عليها صلات وقرابات ، وينتج عنها الأولاد من البنين والبنات ، لذا نجد
الشارع الحكيم ، ينظم هذه العلاقة تنظيما دقيقا ، ويحتاط لها من بدء التكبير
فيها ، كما يحتاط لها في انشائها ، وبقائها ، وانهاؤها .

يعلم الشارع أن صلاح الزوجة فيه استقرار للحياة الزوجية على الوجه
الاکمل فيقول النبي صلى الله عليه وسلم : « تنكح المرأة لاربعة لمالها ولحسبها
ولجمالها ولدينها فأظفر بذات الدين تربت يداك » .

ويعلم الشارع أن صلاح الزوج ، فيه استقرار الحياة الزوجية كذلك ، فيوجه الخطاب الى الاولياء ، على لسان نبيه عليه الصلاة والسلام بقوله « اذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه الا تفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير » .

ويعلم الشارع أن الزوجية لا تدوم الا اذا كانت الرغبة متوفرة لدى الرجل في اقترانه بالمرأة ، ولدى المرأة في اقترانها بالرجل ، فحث الرجل عند الخطبة على أن ينظر الى المرأة ، فان رأى منها ما يدعوه الى نكاحها فعل ، وذلك أخرى أن يؤدم بينهما .

كما أباح للمرأة أن تنظر الى الرجل وتتعرف من صفاته وخلقه وخلقه ما يرغبها في الاقتران به . لان المرأة والرجل في هذا الحق على سواء . ويعلم الشارع أن عقد الزواج له خطره ، وآثاره ، فيشترط لصحته شهادة شاهدين ، أو الاستفاضة بين الناس ، والاعلام به حتى لا يكون هناك مشار للشك ، ومدعاة للريبة ، كما لا يكون هناك سبيل لجحود الزوجية وانكارها من أحد الطرفين .

كذلك يعلم الشارع أن الحياة الزوجية لا بد في استقرارها من اخلاص متبادل بين الزوجين ، وثقة كل في صاحبه ، وحرصه على توفير الراحة له ، فدعى الى طاعة الزوجة زوجها ، ورفق الزوج بزوجته ، وألزم كل واحد بواجبات ، يتحتم عليه القيام بها نحو الآخر .

ثم شرع الله الطلاق ، ليكون علاجاً للحياة الزوجية التي يطول فيها الشقاق ، ويتعذر الوفاق ، ولم ينس أن يحذر من الظلم الذي قد يوقعه الزوج بزوجته عند الطلاق ، مضارة لها ، ونكاية بها فقال : « الطلاق مرتان فامسأك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقال « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » وقال « فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » وقال « ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن » . . .

لهذه المعاني العالية في الزواج ، ولهذا النظام الدقيق فيه ، ولما يترتب عليه من خير ، نجد الشارع الحكيم يعده من آياته ، ويجعله من أهم النعم على عباده ، فيدعوهم الى الاخذ به ، فيقول عز من قائل « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » ويقول « وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم » ويقول « .. وأحل لكم ماوراء ذلكم - يعني المحرمات من النساء - أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » ويقول « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيما نكح من فتياتكم المؤمنات » . ويقول عليه الصلاة والسلام « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة ^(١) فليتزوج فإنه أغض للبصر ، وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء » ^(٢) وقال « الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة » وقال « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة ، اذا نظر اليها سرته ، واذا غاب عنها حفظته ، واذا أمرها أطاعته » وقال « من أراد أن يلقي الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر » .. وغير هذا كثير من الآيات والأحاديث ، التي تحض على الزواج ، وترغب فيه .

ولكن من الناس من يعرض عن الزواج ، ويرى أن هذا لون من ألوان الزهد والصلاح ، وكذبوا على الله ورسوله ، فلا عبادة ولا زهادة في الكف عن الزواج ، اذ لا رهبانية في الاسلام ، وقد صرح أن ثلاثة رهط جاءوا الى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادته عليه الصلاة والسلام فلما أخبروا كأنهم تقالوها فقالوا وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، فقال أحدهم ، أما أنا فاني أصلي الليل أبدا ، وقال آخر أنا أصوم الدهر ولا أفطر ، وقال آخر أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدا ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « أتمم الذين قلمتم

(١) الباءة : القدرة على مؤن الزواج وتكاليفه . (٢) الوجداء : من وجأ بمعنى قطع لان الصوم يقطع الشهوة .

كذا وكذا ، أما والله اني لاختشاكم لله ، وأتقاكم له ، لكنني أصوم وأفطر ، وأصلي وأرقد ، وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » •

ومن الناس من يعرض عن الزواج تهييا من تبعاته ، وخوفا من مستلزماته ، واكتفاء بغير ما أحل الله !! • وهذا أخطر شيء على حياة الامة ، وأكبر عامل يقوض من بنيانها ، ويهد من أركانها ، ويذهب بمقوماتها وشرفها ، فالامة التي يعرض شبابها عن الزواج ، أمة ينتشر فيها الفسق والفجور ، وتكثر فيها العداوات والبغضاء ، ويتكون بنيانها العام من أفراد لا تماسك بينهم ، ولا نخوة عندهم ، ولا عزة ترفع من شأنهم • والامة التي يتهيب أفرادها التبعات ، ويتجنبون تحمل المسئوليات ، أمة خاملة هازلة !! ••

نعم في الزواج مسئوليات ، وله تبعات ، ولكنها مسئوليات الانسانية الكاملة ، وتبعات الحياة الفاضلة ، وغير ذلك رضى بحياة البهائم والحيوانات • ومن الشباب ، من يرى أن الزواج شر وبلاء ، ومصدر للخصومات ، والوقوف بين يدي القضاء ، وهذا خطأ بين ، فالشر ليس في الزواج ، وانما هو في سوء استعماله ، وعدم الاخذ بتعاليم الدين في كل خطواته ، من الخطبة الى الفراق ، بالموت أو الطلاق • فكثير من الناس حينما يختار الزوجة لا يحكم عقله ، ولا يحتكم لنصائح الدين ، ولكن يحكم عاطفته ، ويتغاضى عن نصائح الدين وارشاده •

يخدع كثير من الناس بالمظاهر ، ويفتنون بالجمال والمال والجاه ، ولا يرون الدين من دواعي الرغبة في المرأة ، ولا الخلق الكريم من أسباب الاقتران بها • والجمال يردى ، والمال يطغى ، والجاه يغرى ، والرسول يحذر من ذلك كله فيقول « لا تزوجوا النساء لحسنهن • فعسى حسنهن أن يرديهن ، ولا تزوجوهن لاموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوجوهن على الدين ، ولامة سوداء ذات دين أفضل » ويقول في حديث آخر « تنكح المرأة لاربعة لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » •

ويقول في حديث آخر « اياكم وخضراء الدمن قالوا يارسول الله وما خضراء الدمن ؟ قال : المرأة الحسناء في المنبت السوء » •
وكذلك قد يخدع ولي المرأة بالمنصب والجاه ، أو يفتن بغنى كهل عجوز ، طمعا في ماله ، فيزوج من في ولايته وهي في شرخ صباها • وعز شبابها ، بسن يكبر عن سنها • وتناسب السن أهم شيء في الزواج •
ومن الناس من لا يعرف حقوق الزوجية ، فالرجل أو المرأة قد يسيء كل منهما استعمال حقه ، ولا يقوم بواجبه نحو الآخر ، مما يؤدي الى سوء العلاقة أو انقطاعها ، ومن وراء ذلك المتاعب والمشاكل التي لا تنقطع !! ••
الحق ، أن نظام الزواج ، لو اتبع في كل خطوة من خطواته ، وسار كل من الرجل والمرأة على نور من هداية الله ورسوله ، لادى ذلك الى قيام زوجية مثالية ، فيها الهدوء والسكينة ، ولكن ساء استعمال هذا الحق فكانت الشكوى ، وكان العزوف عن الزواج ، والعيب في الناس ، لا في شريعة رب الناس •

٦ - صفة الزواج الشرعية :-

صفة الزواج الشرعية : وهي حكمه التكليفي من وجوب وحرمة •• الخ تختلف باختلاف حال المكلف من رغبة في الزواج وقدرة عليه وعجز عنه ، لذلك نجد الزواج تعتريه الاحكام الخمسة وهي الفرضية ، والوجوب ، والحرمة والكرهية ، والاباحة •
فيكون فرضا : ١ - ان قدر على الزواج وتكاليفه ، ٢ - وأمن على نفسه من ظلم الزوجة ٣ - وتحقق الوقوع في الزنى لو لم يتزوج •
ويكون واجبا : ١ - ان قدر على الزواج وتكاليفه ٢ - وأمن على نفسه من ظلم الزوجة ٣ - وخاف - لاعلى جهة القطع - من الوقوع في الزنى •
ويكون حراما : اذا تيقن من ظلم الزوجة والاضرار بها •
ويكون مكروها : اذا خاف ظلم الزوجة والاضرار بها ، ولم يبلغ خوفه درجة اليقين •

ويكون مباحا : فى حال الاعتدال ، وهى الحال التى يقدر فيها على الزواج وتبعاته ، ويتيقن من عدم ظلم الزوجة لو تزوج ، ومن عدم الوقوع فى الزنى لو لم يتزوج •

والقول بالإباحة مذهب الشافعية ، واستدلوا لمذهبهم بأدلة منها ، أن النصوص الواردة فى الزواج ، كثيرا ما تكون بلفظ الحل ، كما فى قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » وهذا هو معنى الإباحة •

أما الظاهرية فيقولون بفرضية الزواج فى هذه الحالة — حالة الاعتدال — أخذا بظواهر النصوص التى وردت بصيغة الامر فى القرآن والسنة ، لأن الامر حقيقة فى الوجوب أى الفرضية (١) ، ويؤكد هذا ملازمة النبى والصحابة له • وأما الحنفية والمالكية والحنابلة ، فيرون أن الزواج فى هذه الحالة الاخيرة ، سنة مؤكدة أو مندوبا أو مستحبا — على حسب اختلاف عباراتهم فى ذلك — ودليلهم على مذهبهم هذا ، أن النبى صلى الله عليه وسلم داوم على الزواج حتى قبضه الله اليه ، وداوم عليه أكثر الصحابة ، ولو كان مباحا غير مطلوب ، لكان تفرغ الرسول والصحابة للعبادة أفضل من المداومة عليه ، واستدلوا بسا تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام للرهط الثلاثة — وفيهم من ألزم نفسه بالتبتل عن النساء — «... لكنى أصوم وأفطر ، وأصلي وأرقد ، وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني » أى ليس على طريقتي وهديي ، قالوا : والنصوص التى جاء طلب الزواج فيها بصيغة الامر ، مصروفة عن معنى الوجوب الى معنى الندب للقرائن الدالة على ذلك وهى كثيرة •

ولا شك أن هذا الرأي الاخير القائل بالسنية أو الندب ، قول يتمشى مع المصلحة الخاصة والعامة التى يرمى اليها الشارع من وراء الزواج •
بقى بعد ذلك ، أنه قد تتعارض دواعي الطلب للزواج ، ودواعي المنع منه

(١) لان الفرض والواجب عندهم بمعنى واحد .

وذلك كأن يوجد شخص يتيقن أو يظن الوقوع في الزنى لو لم يتزوج ، ويتيقن - مع ذلك - أو يظن أنه يظلم الزوجة ، ولا يقوم بحقها ان تزوج والحكم في هذه الحالة أن الحرام لا يبيح الحرام ، فالخوف من الوقوع في حرمة الزنى لا يبيح الزواج الذى يترتب عليه ظلم المرأة ، والاضرار بها •
فالأوجب ، على من هذه حاله أن يمتنع عن الزواج حتى يطهر نفسه من الظلم ، وأن يقاوم شهوته ، ويعمل على اضعافها ، والحد منها ، وذلك بالصوم الذى أرشد الرسول عليه السلام ، الى أنه هو العلاج لمثل هذه الحالة •

الفصل الثانى

((في مقدمات العقد))

(١) الخطبة (٢) حكمة مشروعيتهما (٣) من تجوز خطبتها ومن لا يجوز (٤) أثر الخطبة المحرمة فى العقد (٥) ما يراه الخاطب من المخطوبة (٦) العدول عن الخطبة وأثره •

١ - معنى الخطبة :-

الخطبة - بكسر الخاء - هي طلب الرجل الزواج بالمرأة •

٢ - حكمة مشروعيتهما :-

لما كان القصد من الزواج ، دوام العشرة بين الزوجين ، لانجاب الذرية ، واقامة أسرة صالحة ، على أساس من الاستقرار والطمأنينة ، والتعاون على شئون الحياة المختلفة ، ومواجهة تكاليفها ومستلزماتها بروح من الحب والمودة ، كان لا بد للرجل - قبل أن يقدم على الاقتران بامرأة ما - أن يتبصر فى الامر ، ويتروى فى الطلب ، ويتحسس مواضع الخير فيمن يريد لها زوجة له ، ويتبين مواطن الرغبة فيها ، فان اطمأن اليها أقدم على الارتباط بها ، والا أحجم عنها وانصرف •

وليس حق التعرف قاصرا على الرجل وحده ، بل للمرأة أيضا أن تتعرف على الرجل ، لان الزواج شركة ، ومنافع متبادلة ، ولا بد للشريك أن يعرف شريكه ، فالمرأة والرجل في هذا الحق سواء •

٣ - من تجوز خطبتها ومن لا تجوز :-

في ذلك التفصيل الآتي :-

أولا : كل امرأة ليست محرمة على جهة التأييد ولا على جهة التأقيت ، وليست مخطوبة للغير ، يحل خطبتها تصريحاً وتلميحا •

ثانيا : كل امرأة لا يجوز العقد عليها لا يجوز خطبتها ، لان الخطبة مقدمة العقد ، ومتى كان العقد غير جائز ، كانت الخطبة غير جائزة أيضا ، وكانت عبثا ، وعلى هذا تحرم الخطبة تصريحاً وتلميحا لمن تحرم على التأييد كالعمة والخالة والأخت نسبا أو رضاعا ، ولمن تحرم على التأقيت ، كأخت الزوجة ، وزوجة الغير ، والمعتدة من طلاق «١» رجعي باتفاق •

أما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى ، فمذهب الحنفية أنه لا يجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تلميحا ، مادامت العدة قائمة لبقاء بعض آثار الزوجية في الطلاق البائن بنوعيه ، ومذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية جواز خطبتها تلميحا فقط ، نظرا لان الطلاق البائن يقطع الزوجية ، وهذا كاف في جواز التلميح ، أما التصريح فلا يجوز مراعاة لجانب الزوج المطلق ما دامت في عدتها منه •

وأما المعتدة من وفاة ، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على جواز خطبتها تلميحا وتعريضا ، ومنعوا منعاً باتاً خطبتها على جهة التصريح ، وبهذا جاء القرآن الكريم حيث يقول سبحانه في سورة النساء بعد ذكر عدة المتوفى عنها زوجها « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم

(١) الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل فالزوجية معه باقية ما بقيت العدة .

الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولاً معروفاً ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حلیم » •

وانما أباح الشارع التعريض بالخطبة في العدة بالنسبة للمتوفى عنها زوجها ، ولم يبح التعريض بالنسبة للمعتدة من طلاق بائن — كما هو مذهب الحنفية — لانه في حالة الوفاة قد انقطعت الزوجية بالمرة ، فلا يتصور عودتها مرة أخرى ، أما المطلقة طلاقاً بائناً ، فانها وان انقطعت زوجيتها ، فهي على احتمال أن تعود مرة ثانية بعقد جديد ، وأيضا فان المطلقة طلاقاً بائناً ربما دعاها ذلك الى ادعاء انتهاء العدة — وهي لم تنته بعد — خوفاً من ضياع الفرصة أو استعجالاً للحصول عليها ، ومعلوم أنها تصدق في دعوى انتهاء العدة ما دامت المدة محتملة ، أما المتوفى عنها زوجها فعدها مقدرة بأربعة أشهر وعشرة أيام ان كانت حائلاً ، وبوضع الحمل ان كانت حاملاً ، فلا سبيل الى دعوى انقضاء العدة قبل الوضع ، أو مضي المدة المقررة شرعاً •

هذا ولا خفاء في الفرق بين التصريح والتعريض في الخطبة ، فالتصريح أن يذكر لفظاً لا يحتمل سوى معنى الخطبة ، والرغبة في الزواج من المرأة ، كقوله مثلاً : أريد الزواج منك ، أما التعريض أو التلميح فهو أن يذكر لفظاً يحتمل معنى الخطبة ويحتمل معنى آخر كقوله : وددت لو وفقني الله للزواج من امرأة مثلك ، أو اذا انتهت عدتك فأعلميني ، ومن حسن التعريض بالخطبة ، ما روي من أن سكينه بنت حنظلة قالت : استأذن علي محمد بن علي بن الحسين ، ولم تنقض عدتي من مهلك زوجي ، فقال : قد عرفت قرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقرابتي من علي ، وموضعي في العرب ، قلت غفر الله لك يا أبا جعفر ، انك رجل يؤخذ عنك ، تخطبني في عدتي ؟ قال : انما أخبرتك بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن علي •

ثالثاً — مخطوبة الغير : مخطوبة الغير أما ان توافق على الخطبة ، واما أن

ترفض، وأما ان تسكت ولا تصرح برفض أو قبول •
فان وافقت على الخطبة وتم التراضي، فلا يجوز لشخص آخر أن يتقدم
لخطبتها وهو يعلم بالموافقة، لما في ذلك من الاعتداء على الخاطب الاول، وقد
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال « المؤمن أخو المؤمن ، فلا
يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر »
وان رفضت الخطبة صراحة : حل لاي شخص أن يتقدم لخطبتها حيث
زال المانع •

وان سكنت ولم يكن منها ما يدل على الموافقة أو الرفض : فقد اباح
بعض الفقهاء خطبتها لان السكوت يعتبر رفضا ، وهذا أحد قولين للشافعي ،
وذهب أكثر الحنفية والمالكية الى انه لايجوز خطبتها لغير الخاطب الاول ،
لان السكوت لايدل على الرفض ، بل ربما كان للبحث والتحري عن حال
الخاطب الاول •

٤ - أثر الخطبة المحرمة في العقد :

من خطب معتدة الغير ، أو مخطوبة الغير فهو آثم باجماع المذاهب ،
مستحق للعقاب في الآخرة ، واذا ما أوقع عقد الزواج بعد ذلك وقع
صحيا «١» ، وترتبت عليه آثاره ، وهذا مذهب الحنفية والشافعية والجعفرية •
وعليه العمل الآن في المحاكم •

وذهب داود الظاهري الى القول بعدم صحة العقد ، ولزوم فسخه ،
دخل بها أو لم يدخل، لانه يرى أن النهي عن الخطبة نهى عن النكاح حقيقة ،
وعن ابن حزم الظاهري مثل ذلك الا أنه يرى أن من اعتقد أنه خير للمرأة ،
في دينها ، وحسن صحبتها من الخاطب الاول ، فلا مانع من أن يخطبها هو
ويعقد عليها ، لانه ابتغى الخير والنصح لها ، والدين النصيحة •

(١) بشرط أن يكون العقد بعد انقضاء العدة بالنسبة للمعتدة . فان عقد
عليها أثناء عدتها لا يصح العقد •

وعن الامام مالك ثلاثة أقوال : قول يوافق مذهب الحنفية ومن معهم ، وقول يوافق مذهب الظاهرية ، وقول بفسخ العقد قبل الدخول ، وبعد الدخول لا فسخ لان العقد تأكد به .

هـ - ما يراه الخاطب من الخطوبة :-

الحسن والجمال أمر اعتباري ، ولكل ذوقه ، فمن تكون على جانب من الحسن والجمال في ذوق بعض الناس ، قد لا تكون على شيء من ذلك في رأي بعض آخر ، لذا لا يكفي في التعرف على حسن المرأة وجمالها اخبار مخبر ، أو ارسال رسول من قبل الخاطب ، كأمه ، أو اخته ، للتعرف على مبلغ جمال المخطوبة ، لهذا نجد الشارع لا يرضى للخاطب أن يقدم على الزواج من امرأة دون التعرف على دواعي الرغبة فيها ، فيدعوه في أكثر من حديث الى النظر الى المخطوبة ، فيقول عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبه - وقد خطب امرأة دون أن ينظر اليها - (انظر اليها فانه أخرى ان يؤدم ^(١) بينكما) . وعن جابر رضى الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر منها ما يدعوه الى نكاحها فليفعل » قال جابر : خطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت ما دعاني الى التزوج منها . فتزوجتها - وعن أبي هريرة رضى الله عنه : أن رجلا خطب امرأة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « انظر اليها فان في أعين الانصار شيئا » يعني ضيقا . من هذه الاحاديث يتبين بوضوح اباحة الشارع نظر الخاطب للمخطوبة ، ولكن ما هو القدر الذي يباح للرجل أن ينظر اليه من المرأة ؟ . ذهب الفقهاء الى أن المباح هو النظر الى وجهها وكفيها ، لان الوجه يدل على الجمال ، ويشف عن الحالة النفسية التي تنطبع على تقاسيمه ، وتظهر في لمحاته ، واليدان يدلان على خصوبة البدن أو عدم خصوبته . وزاد بعض الحنفية على ما تقدم القدمين ، وزاد الحنابلة الرقبة ، وزاد بعض الجعفرية الشعر ، وغالى الظاهرية

(١) أي ان تحصل الموافقة والملاءمة بينكما .

فأباحوا النظر الى جميع أجزاء جسمها •

ولا مانع عند هؤلاء جميعا ، من تعدد النظر ، ومداومته ، الى الحد الذي يكفي للتعرف لان التعرف لا يكون — في الغالب — من نظرة واحدة ، كما أنه لا بأس من أن يكون النظر الى من يريد خطبتها ، بدون علمها ، وعلى غفلة منها ، لقول جابر ، وهو صحابي جليل لرأيه قيمته « خطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني الى التزوج منها فتزوجتها » • ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم اذا خطب أحدكم امرأة ، فلا جناح عليه أن ينظر منها ، اذا كان انما ينظر اليها لخطبة ، وان كانت لا تعلم •

ولعل رؤية المخطوبة دون علمها أولى وأوفق من رؤيتها وهي تعلم أن ذلك من أجل الخطبة ، لانه في الحالة الاولى ان زهد فيها ورغب عنها ، تم ذلك دون شعور منها ، فلا يجرح كرامتها ، ولا يؤدي شعورها ، أما في الحالة الثانية ، فان في الاعراض عنها ايذاء لها ، وادخلا للحسرة على نفسها ، وهذا ما لا يرضاه الله ورسوله •

بقى أن نقول ان هذا الحق — حق النظر للمخطوبة — ثابت للمرأة أيضا ، لان المرأة يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها ، وتكره منه ما يكره منها ، ولها رغبة في صفات ، ورغبتها لها اعتبارها في استقرار الحياة الزوجية ، بل نظر المرأة الى الرجل ، والتعرف على حاله ، أولى من نظر الرجل الى المرأة ، لان الرجل قادر على الخلاص منها بالطلاق ، لو ظهر فيها ما يبغضها اليه ، أما المرأة فلا تملك الطلاق ، فاني لها الخلاص ؟ •

هذا • وقد يحتاج تعرف الرجل على المرأة وتعرف المرأة على الرجل ، الى أن يجلس كل منهما الى الآخر ، وأن يأخذا بأطراف الاحاديث بينهما ، وهذا لا يرى الشارع فيه بأسا ، بل يدعو اليه اذا اقتضى الحال ، ولكن بشرط ألا تكون هناك خلوة ، فلا بد من وجود محرم للمرأة معهما كأبيها ، أو اخيها ، أو عمها •

أما ما يفعله كثير من الناس في هذه الايام من الاختلاط بالمخطوبة ، والخروج معها ، على انفراد الى الاماكن العامة ، ودور اللهو ، بالنهار وفي الليل بحجة أن هذا أبلغ في تعرف كل منهما على خلق الآخر وطبائعه ، فذلك من عمل الشيطان ، وعواقبه قد تنتهي في الغالب الى الحاق أذى بالرجل ، أو بالمرأة ، بل الاذى أشد أثرا . وابعد خطرا بالنسبة للمرأة ، حيث يعرضها للشك ، ويجعلها في متناول الريبة ، « وما اختلى رجل بامرأة الا وكان الشيطان ثالثهما »

٦ - العدول عن الخطبة وأثره :

قبول الخطبة ليس أكثر من وعد بالزواج من جانب كل من الخاطب والمخطوبة ، ولو تأكد ذلك بقراءة الفاتحة ، كما يجري عليه عمل الناس • والخطبة ليست عقدا حتى يترتب عليها ما يترتب على عقد الزواج ، وهي غير ملزمة بذاتها واحدا من الطرفين بامضاء العقد ، بل لكل منهما أن يعدل عن الخطبة شرعا وقانونا ، وان كان هذا مكروها ، لانه لا يستقيم مع صادق الوعد ، وفضيلة الوفاء ، اللهم الا اذا كان في فسخ الخطبة مصلحة محققة تبرر خلف الوعد ، وترجح نقض الاتفاق •

ولكن ، قد يحدث أن يسلم الخاطب للمخطوبة كل المهر أو بعضه بمجرد الخطبة وقبل العقد ، كما يحدث أن يقدم لها بعض الهدايا من الثياب أو الحلي أو ما أشبه ذلك • فهل اذا فسخت الخطبة من الجانبين ، أو من أحدهما يكون للخاطب حق الرجوع فيما قدمه من المهر أو الهدايا ؟ وللجواب عن هذا نقول أما المهر : فللخاطب حق الرجوع فيه مادام العقد لم يتم لان استحقاق المرأة للمهر ، انما هو نتيجة تمام العقد ، وما دام العقد لم يقع فلا حق لها في المهر أصلا ، وعليها رده للخاطب بعينه ان كان باقيا ، وان هلك أو استهلك فعليها رد مثله ان كان مثليا ، أو قيمته ان كان قيميا ، وهذا باتفاق أصحاب المذاهب على اختلافها •

وأما الهدية : فذهب الحنفية : الى أن الخاطب له الحق في استردادها ما دامت باقية ، أما أن هلكت ، أو استهلكت ، أو حصل فيها أي مانع من موانع الرجوع في الهبة « ١ » ، فليس للخاطب حق الرجوع ، لان الهدية هبة ، والهبة لا تسترد حال وجود مانع من موانع الرجوع فيها . وهذا الحكم يستوي فيه ، كون فسخ الخطبة من جانبها معا ، أو من جانب الرجل وحده ، أو من جانب المرأة وحدها .

ومذهب الجعفرية : كمذهب الحنفية غير أنهم قالوا باسترداد الهدية ولو هلكت ، ان كانت مشروطة بالزواج من المهدي .

وذهب الشافعية : الى أن للخاطب حق الرجوع في الهدايا ، باقية او هالكة ، سواء اكان الرجوع من قبل المرأة ، أم من قبل الرجل ، أم من قبلهما معا ، .

أما المالكية : فالمعتمد عندهم أن الشرط معتبر ، والعرف محكم ، ان كان ثمت شرط او عرف ، والا فان كان الرجوع من قبل الرجل ، فلا حق له في الرجوع في الهدية على المرأة مطلقا ، لانه بالرجوع يجمع عليها بين مصيبتين ، مصيبة الاعراض عنها ، ومصيبة استرداد ما قدم لها . وان كان الرجوع من قبل المرأة ، فله حق استرداد الهدية مطلقا « باقية أو هالكة » بعينها ، أو مثلها ، أو قيمتها ، لانه لا يجمع على الرجل بين ضياع ماله وفوات الخطبة .

والحق ان مذهب المالكية أوفق وأرفق ، وقد وقعت محاولات تشريعية لالتزام العمل به لاوليته ، ولكن رغم هذه المحاولات لا زال العمل في هذه المسألة على مذهب الحنفية في مصر ، وفي العراق .

(١) موانع الرجوع في الهبة هي (١) زيادة الموهوب (٢) موت الواهب أو الموهوب له (٣) تعويض الواهب عن الهبة (٤) خروج الموهوب عن ملك الموهوب له (٥) قيام الزوجية بين الواهب والموهوب له حال الهبة (٦) القرابة المحرمة (٧) هلاك الموهوب أو استهلاكه .

حكم الضرر المترتب على فسخ الخطبة : -

كثيرا ما يتم التراضي على الخطبة ، ويقوم الرجل من جانبه باعداد المسكن اللازم للحياة الزوجية ، أو تقوم المرأة بشراء الجهاز ، أو تستقيل من وظيفتها لتتفرغ لشئون البيت ، ثم يحدث بعد ذلك أن تفسخ الخطبة من جانب المرأة ، فيلحق الرجل ضرر بما كلف نفسه من نفقات اعداد المسكن ، أو تفسخ من جانب الرجل ، فيلحق المرأة ضرر بما تكلفته من ثمن الجهاز ، أو بما يترتب على تركها الوظيفة من سد طرق العيش في وجهها •• فهل في مثل هذه الحالة يحكم بالتعويض على من الحق الضرر بصاحبه ، بسبب فسخه الخطبة ، أو لا يحكم بشيء ؟

الحق أن النصوص الفقهية ليس فيها نص صريح في هذه المسألة ، ولكن من القواعد العامة ، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وقاعدة (الضرر يزال) ، وهذا يعطينا أن المتسبب في الحاق الضرر بغيره عليه ازالته ، وطريق ازالته فيما نحن بصدده ، التعويض •

وهناك قاعدة أخرى تقول (الجواز الشرعي ينافي الضمان) ، وهذه القاعدة تعطينا - في بحثنا هذا - أن من عدل عن الخطبة ، فقد استعمل حقه الشرعي ، ومن استعمل حقه الشرعي ، غير ضامن ، ولا مطالب بالتعويض ، عما نشأ من ضرر لحق غيره باستعماله حقه •

لهذا نجد القضاء يتردد بين هاتين القاعدتين ، فمن القضاة في مصر من حكم بالتعويض ، عملا بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وبقاعدة (الضرر يزال) ، ومنهم من لم يحكم بالتعويض عملا بقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) ، ولأن في التعويض شبه اكراه على اتمام عقد الزواج ، وهذا لا يتفق مع ما يجب أن يكون عليه عقد الزواج من رضى الطرفين ، وحرية التامة في انشائه ، ولأن الخاطب والمخطوبة ، يعلمان أن لكل منهما حق الفسخ في أي وقت ، ما دام العقد لم يحصل ، فإن أقدم واحد منهما على عمل ما ، بناء على الخطبة ،

ثم لحقه الضرر، نتيجة العدول عنها، فذلك نتيجة تسرعه في أمر كان له فيه أناة .
والحق انه يجب أن ننظر الى الضرر الحاصل ، على اي شيء ترتب ؟ ان
كان قد ترتب على مجرد الخطبة ، دون تحريض وابعاز من الطرف الآخر ،
فلا تعويض، لان هذا الضرر نتيجة الاغترار والتسرع، وكان الواجب التريث
في الامر حتى يتم العقد، وحيث لم يترث فهو وحده الجاني على نفسه •

وان كان قد اقترن بالخطبة وعد من الطرف الآخر وتحريض، بحيث يعتبر
هو المتسبب في الضرر، فحينئذ يجب التعويض على من غرر بصاحبه وخدعه ،
وليس هذا التعويض أثرا للرجوع في الخطبة ، لان ذلك حقه، ولا شيء عليه
في استعمال حقه ، وانما هو أثر للتغير الحاصل منه لصاحبه حيث وعده
وخدعه وتسبب في الحاق الضرر به •

ونتهي البحث في هذه المسألة بما ذكره الاستاذ الكبير الدكتور عبد
الرزاق السنهوري من أن القضاء قد استقر على ما يأتي : —

- (١) الخطبة ليست بعقد ملزم •
- (٢) مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا للتعويض •
- (٣) اذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضرا بأحد الخطيين
جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية «١» •

(١) انظر الاحوال الشخصية للدكتور محمد يوسف موسى ص ٥٥ .

الباب الثانى

« في : عقد الزواج »

(١) أركانه (٢) شروطه (٣) أقسامه (٤) المحرمات من النساء
(٥) الولاية فى الزواج (٦) الوكالة به (٧) الكفاءة بين الزوجين (٨) زواج المسلم
بغير المسلمة (٩) زواج غير المسلمين (١٠) اثبات الزوجية •

الفصل الاول

« في : أركان عقد الزواج »

(١) بيان الاركان (٢) حقيقة الايجاب والقبول (٣) ولاية العقد (٤) صيغة
العقد (٥) طرق العقد •

١ - بيان أركان العقد :-

أركان عقد الزواج ، هي اجزاؤه التي بها يتحقق وجوده ، ويتم انعقاده ،
وهي العاقدان ، والمعقود عليه ، والصيغة ، وهي الايجاب والقبول •
ولكن نجد الفقهاء عندما يذكرون أركان عقد الزواج ، يقتصرون على
الايجاب والقبول ، ويصرفون النظر عن ذكر العاقلين ، والمعقود عليه ، لان
وجود الصيغة يستلزم وجود العاقلين والمعقود عليه ، فلا حاجة لذكرهما •

٢ - حقيقة الايجاب والقبول :-

عرفوا الايجاب ، بأنه ما صدر أولا من أحد العاقلين ، للدلالة على ارادة
انشاء عقد الزواج ، ورضاه به — وعرفوا القبول ، بأنه ما صدر ثانيا من العاقد
الآخر ، للدلالة على موافقته ورضاه بما أوجبه الاول • ويستوي فى ذلك أن
يكون الايجاب من جانب الزوج ، أو من يقوم مقامه ، من الولي ، أو الوكيل •

والقبول من جانب الزوجة، أو من يقوم مقامها من الولي أو الوكيل • والعكس، بأن يكون الايجاب من جانب الزوجة، أو وليها، أو وكيلها • والقبول من جانب الزوج، أو وليه، أو وكيله •

٣ - ولاية العقد :-

قد يتولى عقد الزواج من له صفة شرعية، وهو الاصيل (الزوج أو الزوجة) أو الوكيل، أو الولي - وقد يتولاه من ليس له صفة شرعية، وهو الفضولي، أي الاجنبي، الذي ليس أصيلا في العقد، ولا وليا ولا وكيلًا - وعلى كل اما أن يتولى العقد من جانبه (أي جانب الايجاب، وجانب القبول) اثنان، أو يتولاه واحد فقط، واليك التفصيل :

أ - الصور التي يتولى العقد فيها اثنان لهما صفتها الشرعية : -

- ١ - أن يكون العاقدان أصيلين، وهما الزوج، والزوجة •
- ٢ - أن يكون العاقدان وليين، أحدهما ولي الزوج، والآخر ولي الزوجة •
- ٣ - أن يكون العاقدان وكيلين، أحدهما وكيل الزوج، والآخر وكيل الزوجة •

- ٤ - أن يكون أحد العاقدين أصيلا عن نفسه، والثاني ولي عن غيره •
 - ٥ - أن يكون أحد العاقدين أصيلا عن نفسه، والثاني وكيل عن غيره •
 - ٦ - أن يكون أحد العاقدين وكيلًا عن غيره، والثاني ولي عن غيره •
- وحكم هذه الصور كلها : أن الزواج ينعقد فيها باتفاق •

ب - الصور التي يتولى العقد فيها واحد فقط، له صفة شرعية : -

- ١ - أن يكون العاقد وليا على الزوجين، كالجد يزوج بنت ابنه، من ابن ابنه الآخر، وهما في ولايته •
- ٢ - أن يكون العاقد وكيلًا عن الزوجين، كرجل يزوج موكلته من موكله •

- ٣ - أن يكون العاقد أصيلا عن نفسه، ووليا على غيره، كرجل يزوج نفسه من ابنة عمه المشمولة بولايته •

٤ — أن يكون العاقد أصيلا عن نفسه، ووكيلا عن غيره، كرجل يزوج نفسه من امرأة وكلته أن يزوجه من نفسه •

٥ — أن يكون العاقد وليا من جانب ، ووكيلا من جانب آخر، كرجل يزوج بنت أخيه التي في ولايته لرجل وكله أن يزوجه منها •

وحكم هذه الصور كلها : أن الزواج منعقد، خلافا لزفر، والشافعي ، فانهما يقولان بعدم الانعقاد «^١»، لان عقد الزواج لا يتم الا بإرادتين، احدهما موجبة، والثانية قابلة، وهما صفتان متقابلتان، لا يمكن قيامهما بشخص واحد، في حال واحدة — وحجة القائلين بالانعقاد، أن عبارة الشخص الواحد في هذه الحالة، قائمة مقام عبارتين، فاذا قال الولي على الزوج والزوجة، زوجت فلانة من فلان، قام ذلك مقام « زوجت » من جانب الموجب، « وقبلت » من جانب القابل، واحتجوا أيضا بما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال نعم، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلانا؟ قالت نعم، فزوج أحدهما من صاحبه، بوصفه وكيلا عن الزوجين •

ج — الصور التي يتولى العقد فيها اثنان ، لاحدهما صفة شرعية دون الآخر، أو ليس لها معا هذه الصفة : —

١ — أن يكون الموجب فضوليا، والقابل أصيلا، كأن يقول الفضولي لرجل، زوجت فلانة منك، فيقول الرجل قبلت •

٢ — أن يكون الموجب فضوليا، والقابل وليا، كأن يقول الفضولي لرجل زوجت فلانة من فلان المشمول بولايتك ، فيقول الولي قبلت •

٣ — أن يكون الموجب فضوليا ، والقابل وكيلا، كأن يقول الفضولي

(١) استثنى الشافعي من ذلك مسألة الولي ، كالجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه الآخر، فان الزواج ينعقد بعبارة الجد وحده للضرورة ، لانه متى تعينت ولاية الجد، وكان لابد من الولي في عقد الزواج، جاز ذلك، والا تعطل أمر الزواج في هذه الحالة •

لرجل زوجت فلانة من موكلك فلان ، فيقول الوكيل قبلت •

٤ — أن يكون الموجب فضوليا ، والقابل فضوليا كذلك ، كأن يقول الفضولي لفضولي آخر ، زوجت فلانة من فلان ، فيقول الآخر قبلت •

وحكم هذه الصور كلها : أن الزواج ينعقد موقوفا على اجازة صاحب الشأن ، وهو المعقود له أو عليه ، أو من يقوم مقامه ، خلافا للشافعي فإنه يرى أن الزواج لا ينعقد بحال ، لأن تصرفات الفضولي كلها باطلة عند ه •

د — الصور التي يتولى العقد فيها واحد فقط ، ليس له صفة شرعية من ناحية ، وله صفة شرعية من ناحية أخرى ، أو ليس له صفة شرعية مطلقا : —

١ — أن يكون العاقد فضوليا من جانب ، وأصيلا من الجانب الآخر ، كأن يقول الفضولي ، زوجت فلانة من نفسي •

٢ — أن يكون العاقد فضوليا ، من جانب ، ووليا من الجانب الآخر ، كأن يقول الفضولي ، زوجت فلانة من ابني فلان ، وابنه صغير في ولايته •

٣ — أن يكون العاقد فضوليا من جانب ، ووكيلا من الجانب الآخر ، كأن يقول الفضولي زوجت فلان من موكلي فلان •

٤ — أن يكون العاقد فضوليا في الجانبين ، كأن يقول فضولي ، زوجت فلانة من فلان •

وحكم هذه الصور كلها : أن الزواج ، ينعقد فيها كلها ، عند أبي يوسف ولكنه موقوف على اجازة صاحب الشأن ، لأنه لا مانع من قيام عبارة العاقد الواحد مقام عبارتي الإيجاب والقبول ، من الموجب والقابل • ولا فرق بين كون العاقد له صفة شرعية ، أو ليس له صفة شرعية ، إلا أن العقد نافذ بالنسبة للاول ، موقوف بالنسبة للثاني — وذهب أبو حنيفة ومحمد وزفر والشافعي ، الى أن الزواج لا ينعقد أصلا — أما زفر ، فإنه يمنع انعقاد الزواج اذا تولى العقد واحد فقط ، وكان ذا صفة شرعية ، فمن باب أولى ألا ينعقد مع انعدام الصفة الشرعية •

وأما الشافعي ، فكذا ، ولأنه يرى أن عقد الفضولي يقع باطلا من

أساسه — وأما أبو حنيفة، ومحمد، فيقولان : انما قلنا بانعقاد الزواج بصدور العقد من جانب واحد عندما كان العاقد ذا صفة شرعية ، لان الولاية أو الوكالة متى ثبتت كان ذلك قرينة على أن العاقد قائم مقام الاصيل ومعبر عنه ، فعبارته تفيد معنى الايجاب والقبول، أما من ليس له صفة شرعية وهو الفضولي، فليس هناك قرينة قائمة تدل على أنه قائم مقام الاصيل، ومعبر عنه، فتكون عبارته حينئذ هدرا ، وليس لها أثر ما •

هذا ، وينبغي أن تعلم أن كل العقود — عدا عقد الزواج — كالبيع ، والاجارة ، والرهن ، لابد أن يتولاها اثنان ، أحدهما موجب ، والآخر قابل، «١» وهذا باتفاق ، أما عقد الزواج فقد أجاز من ذكرنا سابقا أن يتولاه عاقد واحد، باعتبار واحد أو باعتبارين مختلفين، والسر في أن عقد الزواج ينفرد بهذا ، دون سائر العقود، هو أن الحقوق، والواجبات، وسائر أحكام العقد في الزواج، ترجع الى الاصيل، وهو الزوج، أو الزوجة، فيطالب الزوج بالمهر والنفقة مثلا وتطالب المرأة بتسليم نفسها لزوجها ، وطاعتها له، ولا يطالب من باشر العقد بشيء من ذلك مطلقا ، لانه مجرد سفير ومعبر عن الاصيل — أما باقي العقود، فان الحقوق فيها ترجع الى من باشر العقد بنفسه، فالوكيل بالبيع — مثلا — يطالب بتسليم المبيع، ويرد عليه بالعيب، وليس للمشتري حق الرجوع على الموكل بشيء من حقوق العقد، وما دامت كل حقوق العقد وأحكامه — غير عقد الزواج — ترجع لمن يباشر العقد بنفسه، فليس من المعقول، أن يتولى العقد شخص واحد، لانه يلزم على ذلك، أن يكون مطالباً بالثمن ومطالباً به، ومسلماً للمبيع ومتسلماً له، ورادا بالعيب ومردودا عليه ، وهذه كلها التزامات متنافية ومتعارضة، لا يتصور الوفاء بها جميعا، من شخص واحد ، وفي آن واحد •

(١) يستثنى من ذلك للضرورة، ولي الصغير أو المجنون، الذي يتولى وحده عقد البيع، بمقتضى ولايته، كما اذا باع شيئا من ماله لابنه الصغير، أو باع شيئا من مال ابنه الصغير، لابنه الآخر الصغير أو المجنون •

٤ - صيغة العقد :-

صيغة العقد : هي الالفاظ الدالة على توافق ارادتي المتعاقدين على شئ واحد، دون التقييد بلفظ مخصوص، أو بلغة مخصوصة، لان العبرة بالمقاصد دون الالفاظ، فكل لفظ يدل على تراضي الزوجين، وتلاقي ارادتهما على قيام الزوجية بينهما ، صح أن يكون صيغة للعقد، ما دام المقصود منه واضحا ومفهوما للمتعاقدين، ولشهود العقد • وعلى هذا فتستوى جميع اللغات فبي التعبير عن انشاء العقد، لا فرق بين عامية، وعربية، وغير عربية، خلافا لما نقل عن الشافعي من أنه لا يصح عقد الزواج بغير العربية لمن يعرفها، لان النكاح حقيقة شرعية اسلامية، فيه معنى العبادة، وله أثره وحكمه، فكان كالصلاة ، لا تصح بغير العربية •

ولأهمية عقد الزواج، وما يترتب عليه من آثار عنى الفقهاء ببيان صيغة العقد فقالوا ، لا بد في الصيغة - وهي الايجاب والقبول - من تحقق أمرين ، أحدهما من ناحية الصورة والهيئة، والثاني من ناحية المادة التي يشتق منها اللفظ •

أما من ناحية الصورة والهيئة : فلا بد أن يكون الايجاب والقبول علمي صورة الماضي، « كزوجت، وقلت » • أو أن يكون الايجاب بصيغة المضارع، والقبول بصيغة الماضي، « كقول الرجل للمرأة أتزوجك، وقولها له قبلت » • أو ان يكون الايجاب بصيغة الامر، والقبول بصيغة الماضي « كقول الرجل للمرأة ، زوجيني نفسك، وقولها له تزوجتك أو قبلت » • أو ان يكون كل من الايجاب والقبول جملة اسمية « كقول الرجل للمرأة أنا زوجك، وقول المرأة وأنا زوجتك » • أو ان يكون الايجاب جملة اسمية، والقبول بلفظ الماضي، « كقول الرجل أنا زوجك ، وقول المرأة له قبلت » • أو ان يكون الايجاب بصيغة الماضي أو المضارع أو الأمر، والقبول جملة اسمية، « كقول الرجل تزوجتك، أو أتزوجك او زوجيني نفسك، وقولها له أنا زوجتك » •

وهنا ننبه الى أنه اذا كانت عبارة الايجاب بصيغة المضارع، أو الامر ، فانه لا بد من ألا يكون هناك أي احتمال يصرف اللفظ عن معنى ارادة انشاء العقد . وانما اشترطنا ذلك لان المقصود في العقود، هو انشاء معنى في الحال، لم يكن موجودا قبل العقد، وهذا المعنى لم يوضع له في اللغة لفظ خاص يدل عليه، فاستعمل في ذلك صيغة الماضي ، لانها لما تفيده من معنى الماضي ، كانت أقوى الصيغ، وأبلغها في الدلالة على انشاء العقد في الحال «١» . أما صيغة المضارع فلما تفيده من معنى الحال، أو الاستقبال كانت بعيدة عن معنى انشاء العقد . وكذلك صيغة الامر لانها للطالب في المستقبل «٢» ، لذا كان لا بد في هاتين الصيغتين « صيغة المضارع ، وصيغة الامر » من قيام قرينة دالة على ارادة انشاء العقد ، وتحصيله .

وأما من ناحية المادة : فالقبول يتحقق بكل لفظ يدل على موافقة الطرف الثاني، ورضاه بما أوجبه الطرف الاول، دون التقييد بمادة معينة، أما الايجاب، فهناك ألفاظ صريحة وضعت لمعنى الزواج لغة ، وورد استعمال الشارع لها ، وذلك لفظ التزويج، والانكاح وما يشتق منهما . وهذه متفق عليها بين جميع الفقهاء ولا خلاف في انعقاد الزواج بها .

وهناك ألفاظ مجازية ، لم توضع لمعنى الزواج حقيقة ، ولكنها تدل عليه بطريق المجاز كلفظ الهبة ، والتمليك ، وهذه لا يتحقق بها معنى الايجاب عند

(١) والجملة الاسمية تفيد هذا المعنى أيضا لانها تدل على الثبات والاستقرار .

(٢) اختلفت أقوال الحنفية في توجيه انعقاد الزواج بصيغة الامر في الايجاب،

فقال بعضهم يعتبر الامر توكيلا من جانب الموجب للطرف الثاني — وقال بعضهم ان صيغة الامر ايجاب لانه لا يقصد بها سوى تحقق المعنى المقصود من الايجاب . ومعنى المساومة، أو الوعد، غير متصور في الزواج، لانه لا يكون الا بعد تحريرات ومراجعات .

الجعفرية ، والشافعية ، وبعض المالكية «١» والحنابلة • أما الحنفية فانهم يقسمون هذه الالفاظ المجازية الى أقسام أربعة ، وهي :

القسم الاول : ألفاظ اتفقوا على أنه يتحقق بها الايجاب ، وينعقد الزواج ، وهي لفظ الهبة ، والتملك ، والصدقة ، والجعل ، وما في معناها ، من كل ما يفيد معنى التملك في الحال ، وبغير عوض • واستدلوا على هذا ، بأنه قد ورد في القرآن ما يفيد انعقاد الزواج بلفظ الهبة ، حيث يقول الله تعالى ، بعد ذكر ما أحله للنبي صلى الله عليه وسلم من النساء ، «... وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ... الآية » وما جاز للنبي جاز لامته ، ما لم يقيم دليل على الخصوصية «٢» • قالوا وقد ورد في السنة ما يفيد انعقاد الزواج بلفظ التملك ، وهو ما جاء في حديث الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم ، من قوله عليه السلام لمن أراد الزواج منها بعد اعراض الرسول عنها «... ملكتها بما معك من القرآن » •

القسم الثاني : ألفاظ اتفقوا على أنه لا يتحقق بها الايجاب ، وبالتالي لا ينعقد بها الزواج ، وذلك كالألفاظ الاباحة ، والاحلال ، والاعارة ، والايدياع ، لانها لا تدل على التملك أصلا •

القسم الثالث : ألفاظ اختلفوا في تحقق الايجاب وانعقاد الزواج بها ، وهي ، لفظ ، البيع ، والشراء ، وما في معناها من كل ما يدل على تملك العين في الحال وبعوض • والصحيح هو القول بالانعقاد ، ما دام قد قصد بها معنى الزواج ، وقامت القرينة على ذلك •

القسم الرابع : ألفاظ اختلفوا في تحقق الايجاب وانعقاد الزواج بها ،

(١) يرى المالكية صحة عقد الزواج بلفظ الهبة بشرط تسمية المهر ، فان لم يسم المهر لا ينعقد .

(٢) موضع الخصوصية المدلول عليه بقوله تعالى بعد ذلك (خالصة لك من دون المؤمنين) هو زواجه عليه السلام بلا مهر لانكاحه بلفظ الهبة .

وهي لفظ الاجارة ، والوصية ، وما في معناهما من كل ما يدل على التأقيت كالاجارة ، أو ما يدل على التراخي كالوصية ، والصحيح عدم الانعقاد بها ، لان مدلولاتها تنافى معنى الزواج وما يقصد منه من ملك المتعة فى الحال ، وعلى سبيل الدوام ، والزواج يفسده التأقيت ، ويبطئه الاضافة الى المستقبل •

ه - طرق العقد :-

يقع عقد الزواج على طرق مختلفة وهي :

أ - عقد الزواج بالعبارة : ويراد بالعبارة تلفظ الموجب بالايجاب ، والقابل بالقبول ، ولا يجوز مطلقا العدول عن العبارة ، مع القدرة عليها ، الى غيرها من الكتابة ، أو الاشارة ، ويستوي فى هذا عبارة الاصيل أو من يقوم مقامه من الولي أو الوكيل •

ب - عقد الزواج بالتعاطى : لا ينعقد الزواج بالتعاطى ، خلافا لغيره من العقود الاخرى كالبيع • وعلى هذا لو قالت امرأة لرجل ، زوجتك نفسى بمائة دينار ، فلم يجبها ، وانما سلمها المائة فى المجلس ، لا يقع الزواج منعقدا ، وذلك لان الزواج له خطره ، وشأنه فيجب صونه عن مواطن الاحتمال - وكذلك الحكم لو لم يجبها ، ولم يسلمها المائة ، وانما صافحها علامة الرضا والسرور •

ج - عقد الزواج بالاشارة : الاخرس اما أن يحسن الكتابة ، واما لا . فان كان لا يحسن الكتابة ، فاشارته المفهمة لمعنى العقد ، كافية فى انعقاد الزواج باتفاق بين الفقهاء •

وان كان يحسن الكتابة ، ففي انعقاد الزواج باشارته المفهمة ، روايتان . احدهما - عدم الانعقاد ، لان الكتابة أظهر من الاشارة فى الدلالة على المراد •

ثانيهما - صحة الانعقاد ، لان المقصود حاصل بالاشارة •

والرواية الاولى أرجح وأحوط ، وهي المعتمدة في المذهب الحنفي ،
وعليها العمل اليوم •

وذهب الجعفرية الى انعقاد الزواج بإشارة الآخر ، ولو كان قادرا
على الكتابة ما دامت الإشارة ، تفيد المقصود ، وتؤدي الى المطلوب •

د - عقد الزواج بالكتابة : اذا كان أحد الزوجين (١) غائبا ، صح أن
يرسل كتابا الى الآخر ، يذكر فيه صيغة الإيجاب • وذلك كأن يكتب رجل الى
امرأة كتابا يقول فيه تزوجتك ، وحينئذ لا بد أن تحضر المرأة الشهود ،
وتقرأ الكتاب عليهم ، أو تعلمهم بما فيه ، ثم تقول لهم ، أشهدكم على ذلك ،
وعلى أني قبلت الزواج منه ، وبهذا يتم العقد •

ويلاحظ أن هذا الاشهاد على ما جاء في الكتاب ، وعلى القبول ، انما
هو لمجرد انعقاد الزواج وصحته ، ولكنه غير كاف عند التجاحد ، فقد ينكر
الرجل أن الكتاب كتابه ، وحينئذ فلا بد من التثبت بالاشهاد على أن الكتاب
كتابه •

هـ - عقد الزواج بالرسول : اذا أرسل شخص رسولا الى امرأة ، فقال
لها أنا رسول فلان ، أرسلني اليك ، يقول لك زوجيني من نفسك ، فأحضرت
المرأة شهودا ، وأسمعتهم كلام الرسول ، وقالت بعد ذلك بحضرتهم ، زوجته
نفسى ، أو قبلت زواجه ، تم العقد ، بالإيجاب الذى بلغه الرسول ، وبالقبول
منها ، واعتبر الإيجاب من المرسل حاصلا فى مجلس القبول «٢» •

(١) المراد من الزوجين هنا مريدا التزوج فالإطلاق مجازى باعتبار المال .

(٢) ذكر الفقهاء أن بين الكتاب والرسول فرقا ، وذلك أنه اذا رفضت المرأة ،
ولم تقبل الزواج فى مجلس تبليغ الرسالة ، ثم قبلت بعد ذلك فى مجلس آخر لا
ينعقد الزواج ، لعدم اتصال القبول بالإيجاب فى المجلس ، وكلام الرسول قد تلاشى
بمجرد تبليغه - أما لو رفضت حال تلاوة الكتاب على الشهود ، ثم عادت وقرأته
عليهم فى مجلس آخر وقبلت الزواج ، انعقد الزواج ، لان الإيجاب يعتبر قائما مادام
الكتاب موجودا .

الفصل الثانى

« فى : شروط عقد الزواج »

(١) شروط الانعقاد (٢) شروط الصحة (٣) شروط النفاذ (٤) شروط
اللزوم •

شروط عقد الزواج ، أربعة أنواع ، شروط انعقاد ، وشروط صحة ،
وشروط نفاذ ، وشروط لزوم • وهذه الانواع الاربعة ، مرتبة فى وجودها
الشرعي ، على هذا النحو الذي ذكرنا ، فشروط الانعقاد أولا ، وهي أساس
لما بعدها من الصحة والنفاذ واللزوم ، وشروط الصحة ثانيا ، وهي أساس
لما بعدها من النفاذ واللزوم ، وشروط النفاذ ثالثا وهي أساس لما بعدها من
اللزوم • واللزوم هو المرحلة الاخيرة - وعليه فكل عقد لازم لا بد أن يكون
نافذا وصحيحا ومنعقدا • وكل عقد نافذ لا بد أن يكون صحيحا ومنعقدا •
وكل عقد صحيح لا بد أن يكون منعقدا • واليك بيان هذه الانواع الاربعة
من شروط الزواج :

(١) شروط الانعقاد

شروط الانعقاد ، هى الشروط التي يلزم توفرها فى أركان العقد ، وهي:
العاقد ، والمعقود عليه ، والصيغة ، بحيث لو تخلفت كل هذه الشروط ، أو
بعضها ، كان العقد لا وجود له بالمرة ، ويسمى حينئذ باطلا •

ثم أن شروط الانعقاد ، منها ما يرجع الى العاقلين ، ومنها ما يرجع
الى المرأة المعقود عليها ، ومنها ما يرجع الى نفس العقد •

فالشروط التي ترجع الى العاقلين ، هي :-

١ - الاهلية الاصلية لمباشرة العقد - وذلك بأن يكون العاقد عاقلا ،

مميزا ، فان كان مجنونا ، أو صغيرا غير مميز ، لا يتحقق الانعقاد ، ويقع الزواج باطلا •

٢ — أن يسمع كل من العاقدین كلام الآخر ، ويفهم المراد منه ولو اجمالا • وبعبارة أشمل أن يفهم كل من العاقدین غرض الآخر ، ليدخل في ذلك ، العقد بالاشارة والكتابة •

والشروط التي ترجع الى المرأة المعقود عليها : هي :-

١ — أن تكون محقة الانوثة ، فالخنثى المشكل (١) ، لا يرد عليه عقد الزواج لعدم المحلية ، واذا عقد عليه وقع العقد باطلا •

٢ — أن تكون المرأة المعقود عليها محلا أصليا للعقد عليها بالمعنى العام ، أي باجماع الفقهاء • وبعبارة أخرى ، ألا تكون محرمة تحريما قطعيا لا شبهة فيه ، وذلك كالام والاخت والعمة والخالة ، فمن عقد على واحدة من هؤلاء وقع العقد باطلا •

والشروط التي ترجع الى نفس العقد ، هي :-

١ — اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، حقيقة ، أو حكما : ليتحقق الارتباط بينهما ، ويتكون العقد منهما • فاذا اختلف المجلس حقيقة ، بأن كان الايجاب في مجلس ، والقبول في مجلس آخر ، أو حكما بأن كان الايجاب في مجلس ، والقبول في نفس المجلس ، ولكن تخلل بين الايجاب والقبول عمل أجنبي عن موضوع العقد ، لم يكن هناك ارتباط بين الايجاب والقبول ، وبالتالي ، لم يكن هناك عقد أصلا ، وما وقع وقع باطلا • وينبغي أن يراعى العرف فيما يعد فاصلا ، وما لا يعد فاصلا •

٢ — موافقة القبول للايجاب : بأن يتلاقيا في مقصود واحد ، فان تخالفا ،

(١) الخنثى ، هو من فيه بعض مميزات الرجال ، وبعض مميزات النساء ، فان غلبت عليه مميزات الرجال اعتبر رجلا ، وان غلبت عليه مميزات النساء ، اعتبر انثى ، وان أشكل امره فتعذر الحاقه بواحد منهما سمي مشكلا •

بأن كان الايجاب فى ناحية ، والقبول فى ناحية أخرى ، لم يكن ثمت ارتباط ولغا العقد ، ووقع باطلا • فمثال موافقة القبول للايجاب : أن يقول رجل لامرأة تزوجتك على مهر قدره مائة دينار ، فتقول له قبلت — ومثال ما خالف فيه القبول الايجاب : أن يقول رجل لامرأة ، تزوجتك على مهر قدره مائة دينار ، فتقول المرأة ، قبلت على مهر قدره مائتان • أو أن يقول رجل لآخر زوجت ابنتى فاطمة ، من ابنك محمد ، على مهر قدره مائة ، فيقول الآخر ، قبلت زواج ابنتك عائشة ، من ابني علي على مهر قدره خمسون ، أو قبلت زواج ابنتك فاطمة ، من ابني علي ، على مهر قدره خمسون ، أو قبلت زواج ابنتك فاطمة ، من ابني محمد ، على مهر قدره خمسون ، فالمخالفة متحققة سواء أكانت فى كل أجزاء العقد ، أم فى بعض أجزائه •

وليس من المخالفة المانعة من الانعقاد ، أن يقول رجل لامرأة تزوجتك على مائة ، فتقول له قبلت على خمسين ، أو أن تقول المرأة تزوجتك على مائة ، فيقول لها قبلت على مائتين ، لان المخالفة هنا صورية ، وليست حقيقية ، لانه فى الصورة الاولى ، حطت المرأة من مهرها خمسين ، وبقي الاتفاق على الخمسين الثانية • وفى الصورة الثانية زاد الرجل فى المهر مائة ، وبقيت المائة الاولى متفقا عليها • غاية الامر ، أن هذه المائة التى زادها الرجل ، تلحق بالمهر وتلزمه لو قبلت المرأة الزيادة فى نفس المجلس ، كما ستعرف ذلك عند الكلام عن المهر •

٣ — عدم رجوع الموجب عن الايجاب قبل القبول : لان الرجوع عن الايجاب قبل الموافقة يبطله ، فاذا ورد القبول بعد ذلك ، ورد على غير شئ ، فيقع الايجاب لغوا ، ويكون العقد باطلا •

٤ — أن تكون الصيغة صيغة تنجيز : فان كان فى صيغة العقد ما يفيد تعليق الزواج على أمر ، أو اضافته الى زمن مستقبل ، لا ينعقد ويقع باطلا ، والسر فى بطلانه ان جاء على هذه الصورة ، ان عقود التملكيات ، يقصد

منها التمسليك في الحال ، والتعليق على أمر مستقبل ، أو الاضافة الى زمن مستقبل ، يفوت هذا القصد • والزواج عقد يفيد ملك المتعة في الحال ، فتعليقه على المستقبل ، أو اضافته للمستقبل تبطله •

وهنا يجدر بنا أن نتكلم عن أنواع العقد ، باعتبار صيغته ، من ناحية اطلاقها وتقييدها ، وعن حكم كل نوع منها ، فنقول :

« أنواع العقد باعتبار اطلاق الصيغة وتقييدها »

عقد الزواج يتنوع باعتبار اطلاق الصيغة وتقييدها الى أربعة أنواع ، وهي :

النوع الاول : عقد منجز ، وهو ما صدرت صيغة الزواج فيه مطلقة غير مضافة الى زمن مستقبل ، ولا مقيدة بشرط ، وذلك كأن يقول رجل لامرأة ، تزوجتك على مهر قدره مائة دينار ، فقالت قبلت وحكمه أنه يقع صحيحا ان توفرت فيه شروط الصحة •

النوع الثاني : عقد مضاف الى زمن مستقبل ، كأن يقول رجل لامرأة تزوجتك أول الشهر المقبل ، أو بعد سنة ، فقالت قبلت ، وحكمه أنه لا ينعقد في الحال ، ولا عند حلول الوقت المضاف اليه •

النوع الثالث : عقد معلق على شرط • وفيه التفصيل الآتي :-

أ - ان كان العقد معلقا على شرط معدوم في الحال ، لكنه محقق الوقوع كقوله ، تزوجتك ان جاء الربيع ، فقالت قبلت • أو محتمل الوقوع ، كقوله تزوجتك ان نجحت في الامتحان آخر هذه السنة ، فقالت قبلت • أو مستحيل الوقوع ، كقوله تزوجتك ان أحصيت نجوم السماء ، أو أن تصدقت على كل فقير في العالم ، فقالت قبلت • فالعقد باطل غير منعقد لا في الحال ، ولا عند تحقق الشرط الممكن •

وان كان العقد معلقا على شرط موجود في الحال ، كقوله تزوجتك ان كنت ناجحة في امتحان السنة الماضية ، فقالت قبلت ، وكانت ناجحة بالفعل ،

أو كان معلقا على شرط يمكن تحقيقه في الحال ، كأن يقول لها ، تزوجتك ان رضى أبوك ، فقالت قبلت ، وقال أبوها في المجلس رضيت ، انعقد الزواج ، وصح ان توفرت فيه شروط الصحة ، لان التعليق هنا صوري فقط .

النوع الرابع : العقد المقرون بشرط ، وهو ما صدرت فيه صيغة العقد مطلقة عن الاضافة للمستقبل ، أو التعليق على شرط ، لكنها قرنت بشرط ، فان كان الشرط يقتضيه العقد ، كاشتراط المرأة في عقد الزواج انفاق الزوج عليها . أو يلائم العقد ، كاشتراطها أخذ كفيل بمهرها ، أو كان الشرط قد ورد به الشرع ، كاشتراط الزوج تطليقها متى شاء . أو جرى عليه العرف ، كاشتراط المرأة تعجيل بعض المهر ، انعقد الزواج ، وصح الشرط ، ولزم الوفاء به ، لقوله عليه الصلاة والسلام « ان أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » .

وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ، كاشتراط الزوج أن تنفق المرأة على نفسها . أو كان لا يلائم العقد ، كاشتراط المرأة أن يطلق ضرثها ، أو كان مخالفا للشرع ، كاشتراط التوارث بين الزوج المسلم والزوجة الكتابية ، انعقد الزواج ، وبطل الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل . وان كان مائة شرط » ولقوله « المسلمون عند شروطهم ، الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » .

وان كان الشرط لم يرد فيه أمر ولا نهى . أو بعبارة أخرى لا ينافي العقد ، ولا يقتضيه العقد ، بل هو أمر خارج عن معنى العقد وملابساته الشرعية ، كاشتراط الزوجة على الزوج ألا يسافر بها ، أو لا يتزوج عليها . فمذهب الجمهور أن الشرط لا يلزم الوفاء به ، والعقد صحيح لا غبار عليه ومذهب الحنابلة أن الشرط لازم يجب الوفاء به ، بل وقالوا ، ان الشرط مادام صحيحا ، وفيه مصلحة للمرأة ، فلها خيار الفسخ ان لم يوف لها ما اشترطت ، لانها لم ترض بالزواج الا على أساس الوفاء بالشرط .

وهنا ينبغي دفعا لللباس ، أن نفرق بين العقد المقرون بشرط ، والعقد

المعلق على شرط مستقبل • وهذا الفرق من ناحيتين :

الناحية الاولى : ناحية الصورة ، فالعقد المقترن بشرط يكون خاليا من أداة الشرط وهي ان واذا وما في معناهما ، والعقد المعلق على شرط ، يكون مقترنا بأداة الشرط •

الناحية الثانية : أن العقد المقترن بشرط يتحقق الايجاب بمجرد التلفظ به ، والشرط يصاحبه فاذا ما وقع القبول تم العقد دون أن يكون للشرط دخل فيه ، لانه ليس من أجزائه ولا من مقوماته ، وانما هو أمر خارج زائد على صيغة العقد — أما العقد المعلق على شرط ، فلايجاب فيه مربوط بتحقيقه بتحقيق الشرط فلا وجود له قبل وجود الشرط ، فاذا جاء القبول بعد الايجاب المعلق على الشرط المستقبل ، لم يصادف القبول محلا ، لعدم تحقق الايجاب في مجلس العقد •

(٢) شروط الصحة

شروط الصحة : هي الشروط التي اذا تحققت كان العقد صالحا لترتب آثاره الشرعية عليه ، فان تخلفت كلها أو بعضها ، كان العقد غير صالح لترتب آثاره عليه ، ويسمى حينئذ فاسدا (١) • وهذه الشروط هي :

أولا : المحلية الفرعية :—

وهي ، أن تكون المرأة محلا للعقد عليها ، بالمعنى الخاص • أي أن

(١) الفرق بين الباطل والفساد : الجمهور على ان الباطل والفساد بمعنى واحد، ولا فرق بينهما مطلقا في العبادات ولا في المعاملات — والاحناف يقولون ، الباطل والفساد في العبادات بمعنى واحد، أما في المعاملات فالباطل غير الفاسد ، وان كان كلاهما غير صحيح . وفي الزواج اضطربت أقوالهم . فمنهم من يرى الباطل والفساد بمعنى واحد، فيقول الكمال بن الهمام (ان العقد الباطل والفساد في النكاح سواء) . ومنهم من يقول الباطل غير الفاسد، فالباطل معدوم حقيقة للخلل الواقع في أساس العقد لعدم توافر أركانه ، أو معدوم حكما لتخلف شرط

محليتها للزواج ، ليست محل اجماع من الفقهاء ، لقيام شبهة في دليل التحريم أدت الى اختلافهم في الحل والحرمة « وهذه غير المحلية الاصلية ، التي جعلت شرطاً في الانعقاد » وذلك كالعقد على محرمة بدليل ظني، أو كان تحريمها مما يخفى ويشتبه ، أو كان يخالف فيه بعض الفقهاء ، وذلك كتزواج الامة على الحرية ، وتزوج أخت مطلقة قبل انقضاء عدتها • فالزواج في مثل هاتين الصورتين ، فاسد بالنسبة لمن لا يرى الحل ، لانعدام المحلية الخاصة •

ثانياً - : الولي - يشترط لصحة عقد الزواج أن يتولاه ولي الزوجة كبيرة أو صغيرة ، عاقلة أو غير عاقلة ، فان تولته هي أو وكيلها دون الولي ، وقع العقد فاسداً • وهذا الشرط عند المالكية ، والشافعية ، والحنبلة ، ومن وافقهم على أنه (لا نكاح الا بولي) كما يروونه عند رسول الله صلى الله عليه وسلم •

أما الحنفية، والجعفرية ، فلا يرون الولي شرطاً لزواج الكبيرة العاقلة ، لانها أحق بنفسها ، أما الصغيرة وغير العاقلة ، فالولي يقوم عنهما في تولي العقد ، لعدم أهليتها له •

ثالثاً : الشهادة - الشهادة في عقد الزواج ، شرط حتمي لصحته عند جمهور العلماء ، بخلاف سائر العقود ، فان الاشهاد عليها في رأي جمهور العلماء أيضاً مندوب غير لازم •

وانما امتاز عقد الزواج بضرورة الاشهاد عليه حتى يقع صحيحاً - (١) لما له من خطر الشأن في نظر الشارع (٢) ولما يترتب عليه من حقوق وآثار، كوجوب النفقة ، وثبوت النسب (٣) ولما في الشهادة من منع الشبهات ، ودفع

أو أكثر من الشروط المعتبرة في أساسه ، وعليه فلا يترتب على الباطل حكم مطلقاً - وأما الفاسد فالعقد له وجود لعدم الخلل في أساسه وانما الخلل في وصف زائد عن أركان العقد وما شرط فيها . ولولا الخلل في الوصف لكان العقد صالحاً لترتب آثاره عليه . وما قد يثبت من آثار كوجوب المهر فذلك نتيجة الدخول .

الظنون (٤) ولأن الشهادة — بعد ذلك — فرق ما بين الحلال والحرام ، ولولاها ، لتستر أصحاب المقاصد الخبيثة بادعاء الزواج عندما تثبت عليهم المعاشرة غير البريئة . ولذا ندب اعلان عقد الزواج ، واشهاره بين الناس ، بالضرب عليه بالدفوف ، وجعله في المساجد .

مذاهب الفقهاء في وجوب الشهادة على عقد الزواج :-

ذهب الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، الى أن الشهادة لا بد منها لصحة عقد الزواج ، لما تقدم ، ولقوله عليه السلام (لا نكاح الا بشهود) .
وذهب الامام مالك — في المشهور عنه — الى أن الشهادة ليست شرطا في صحة انشاء العقد ، لان القرآن لم يشترط الشهادة في انعقاد الزواج ، ونصوص السنة الصحيحة ليست صريحة في وجوب الشهادة بخصوصها —
ويكفي لصحة انشاء العقد مطلق الاعلان لقوله عليه الصلاة والسلام (أعلنوا النكاح ولو بالدفوف) . قال المالكية ، (لما كان هذا الفعل وهو اتصال الرجل بالمرأة ، لا يكون الا سرا ، فالحلال لا يكون الا بضده ، ويكفي في ذلك مجرد الاعلان) ، أما الشهادة فهي مندوبة فقط عند العقد ، وواجبة قبل الدخول ، فان وجدت الشهادة حال انشاء العقد ، فقد حصل الواجب والمندوب ، وان وجدت بعد تمام العقد وقبل الدخول ، حصل الواجب وفات المندوب .

وذهب الجعفرية والظاهرية ، الى أنه لا تشترط الشهادة لصحة عقد الزواج مطلقا ، لان القرآن لم ينه عليها عند الكلام عن النكاح مطلقا ، مع أنه نهى عليها فيما هو أقل خطرا من الزواج ، وهو عقد البيع ، وعقد المداينة . قالوا والاحاديث الواردة في الشهادة محمولة على الندب ، أو على الاشهاد لاثباته عند القاضى ، لو وقع التجاحد .

ما يشترط في الشهود :-

يشترط في الشهود على عقد الزواج — عند من يرى الشهادة واجبة —

ما يأتي :

(١) الحرية ، خلافا لابن حنبل (٢) البلوغ (٣) العقل (٤) أن يكون نساً رجلين ، أو رجلاً وامرأتين ، وقال الشافعية والحنابلة لابد من رجلين — ولا يصح شهادة النساء وحدهن باتفاق مهما بلغ عددهن (٥) الاسلام ان كان كل من الزوجين مسلماً ، أما ان كان الزوج مسلماً والزوجة كتيبة ، فقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، يجوز أن يكون الشاهدان كتيبين ، لان الناحية الغالبة في الشهادة ، أنها شهادة على الزوجة ، فيراعى حالها • وقال محمد وزفر والشافعي وأحمد ، لا يجوز شهادة غير المسلمين ، لان الشهادة على الزوج والزوجة معا ، والزوج مسلم ، والشهادة ولاية ، ولا ولاية لغير مسلم على مسلم — (٦) سماع الشهود كلام المتعاقدين في وقت واحد ، وفهمهما المراد منه •

هذا • وليس الغرض من الاشهاد على الزواج هو اثباته بهذه الشهادة لدى القاضى عند التجاحد ، بل الغرض ، اعلان الزواج ، وتكريمه ، ولهذا لا يشترط في الشهود العدالة عند الحنفية لان الاعلان يتحقق بحضور الفسقة ، ولان الفاسق أهل لان يزوج نفسه ومن في ولايته ، فأولى أن يشهد على الزواج ، وقد اشترط الشافعية والحنابلة العدالة الظاهرة ، أي كون الشهود مستوري الحال ، لما ثبت عندهم من قوله عليه الصلاة والسلام (لا نكاح الا بولي مرشد ، وشاهدي عدل) ، ولان الشهادة في الزواج تقصد اظهار كرامة العقد ، والفاسق ليس من أهل الكرامة •

كما لا يشترط أن يكون الشهود بمعزل عن التهمة ، تهمة المحاباة ، أو تهمة العداوة ، فيجوز أن يشد على العقد ابنا الزوجة ، أو ابنا الزوج ، أو ابناهما معا — كما يجوز أن يشهد على العقد عدوا الزوجين ، أو عدوا أحدهما •

ومما ينبغي أن يلتفت اليه أنه في بعض الحالات قد يظن أن عقد الزواج يصح بحضور شاهد واحد ، وهذا غير صحيح ، لانه بامعان النظر يتضح

حضور شاهدين لا شاهد واحد ، كما يتوهم • مثال ذلك ، أن يعقد الاب لابنته البالغة العاقلة على رجل بحضورها وحضور شاهد واحد ، فهذا يعتبر الاب هو الشاهد الثاني ، لانه ما دام قد وجد الاصيل ، وهو البنت حال العقد ، فتعتبر هي العاقدة ، والاب سفير ومعبّر فقط — والقاعدة العامة في مثل هذه المسألة ، أنه متى كان الاصيل في العقد حاضرا ، ويمكن أن يباشر العقد بنفسه ، اعتبر هو العاقد حكما ، ويعتبر الولي أو الوكيل شاهدا . ولذا لو كانت البنت في المثال السابق صغيرة لا يصح العقد لوجود شاهد واحد فقط •

رابعا — أن يكون عقد الزواج على جهة التأيد ، لا على جهة التأقيت ، فاذا وقت الزواج بدة طويلة أو قصيرة ، معينة او غير معينة، كان العقد فاسدا ، لانه بالتأقيت يفوت المقصود الأصلي من الزواج ، وهو الاستقرار ودوام العشرة، من أجل التناسل، وتربية الاولاد • وعلى هذا فلا يصح الزواج المؤقت، ولا نكاح المتعة • واليك بيان كل منهما ، وحكمه، والفرق بينهما •

النكاح المؤقت :-

هو ما يكون انشاؤه بلفظ من الالفاظ التي تستعمل في عقد الزواج كلفظ التزويج أو الانكاح، مع وجود الشهود، واقتران الصيغة بما يدل على التأقيت، كأن يقول رجل لامرأة بمحضر من الشهود تزوجتك لمدة شهر ، أو سنة، أو مدة اقامتي في هذا البلد، وتقول المرأة قبلت، وحكم هذا العقد أنه فاسد لما تقدم • خلافا لزفر فانه يقول بصحة العقد، وبطلان التأقيت، لأنه يعتبره عقدا مشروطا بشرط فاسد، والنكاح — كما سبق — لا يبطل بالشروط الفاسدة •

نكاح المتعة :-

هو ما كان انشاء العقد فيه بمادة التمتع وما يتفرع منها، لاجل محدد ،

وبدون شهود فالفرق بينه وبين النكاح المؤقت من ثلاث نواح «١» .

١ — النكاح المؤقت صيغته من مادة الزواج أو الانكاح أو مافى معناهما .
ونكاح المتعة صيغته من مادة التمتع وحدها ، أو من مادة الزواج أو النكاح
المقيد بالتمتع كقوله أتزوجك متعة .

٢ — النكاح المؤقت مشروط فيه الاشهاد . ونكاح المتعة لا يشترط فيه
الاشهاد «٢» .

٣ — النكاح المؤقت لا يشترط فيه تعيين المدة . ونكاح المتعة لا بد فيه
من تعيين المدة على الصحيح «٣» .

مذاهب الفقهاء في نكاح المتعة : —

يرى الجعفرية أن نكاح المتعة ، صحيح جائز ، بل يجعلونه من القرب التي
يبتغي بها وجه الله ، ويذكرون في ذلك روايات كثيرة — يروي أبو جعفر
القمي — وهو من أئمة الجعفرية — في كتابه — (من لا يحضره الفقيه) ج ٣

(١) يرى بعض الفقهاء كالكمال بن الهمام أن الفرق بين النكاح المؤقت ونكاح
المتعة صوري ، والحقيقة أنهما في معنى واحد وينتهيان الى حكم واحد ، وهو
عدم الحل .

(٢) عرفنا أن الجعفرية لا يشترطون الشهادة في النكاح على أية صورة ،
فالفرق هنا بالنسبة لمذهب زفر .

(٣) في شرح الاحكام الشرعية للمرحوم محمد زيد الابياني ج ١ ص ٢٩ وفي الاحوال
الشخصية للدكتور محمد يوسف موسى ص ١١٥-١١٦ تصريح بان النكاح
المؤقت لا بد فيه من تعيين المدة ، وفي نكاح المتعة لا يشترط تعيينها ، وقد تابعا في
ذلك ابن عابدين حيث يقول في ص ٣ ج ٢ (والذي يظهر . . عدم اشتراط
الشهود في المتعة وتعيين المدة ، وفي المؤقت الشهود وتعيينها) . والذي نراه هو
ما ذكرنا من عدم التعيين في المؤقت لان المراد منه ما ليس مؤبدا وهذا صادق بالمدة
المعينة وغير المعينة . أما نكاح المتعة فانه لاجل مقابل بأجر فلا بد من تعيين المدة
وما يقابلها من الاجر لان الاجر يدور مع المدة قلة وكثرة . وفي كتاب (من لا يحضره

ص ٤٣١ ، عن صالح بن عقبة ، عن أبيه ، عن أبي جعفر قال (قلت له — لأبي جعفر — للمتمتع ثواب ؟ قال : ان كان يريد بذلك وجه الله تعالى ، وخلافاً على من أنكرها ، لم يكلمها كلمة الا كتب الله له بها حسنة ، ولم يميده اليها الا كتب الله له ألف حسنة ، فاذا دنا منها ، غفر الله عز وجل له بذلك ذنباً ، فان اغتسل ، غفر الله له بقدر ما مر من الماء على شعره ، قلت بعدد الشعر ؟ قال نعم ، بعدد الشعر) .

وفي نفس المرجع السابق قال : وقال ابو جعفر (ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أسرى به الى السماء قال : لحقني جبريل عليه السلام ، فقال ، يا محمد ، ان الله تبارك وتعالى يقول ، اني غفرت للمتمتعين من أمتك من النساء) .
وفي ص ٤٣٢ من المرجع السابق يقول : وروى ، (ان المؤمن لا يكسل ايمانه حتى يتمتع) — وغير هذا كثير من الروايات التي يروونها في فضل نكاح المتعة .

أدلة الجعفرية على جواز نكاح المتعة : —

استدل الجعفرية على ما ذهبوا اليه ، بأدلة كثيرة : منها قوله تعالى في سورة النساء « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » . قالوا وهذا مما قد طاب

الفقيه (ج ٣ ص ٤٣٠ ما يشهد لذلك حيث يقول (اذا تزوج امرأة متعة شهر بشيء مسمى ولم تف له بالمدة حبس عنها من صداقتها ما يقابل ذلك) وفي المرجع نفسه ص ٤٣١ يقول (يقول اذا انقضى الاجل كانت فرقة بغير طلاق . فان شاء أن يزيد فلا بد أن يصدقها شيئاً قل أو كثر) ، وهذا معناه دوران الاجرة مع المدة ، فلا بد من تعيينهما . واصرح مما تقدم ما ذكره الطوسي في (مسائل الخلاف) ج ٢ ص ٧٢ حيث يقول (اذا لم تذكر المدة كان النكاح دائماً ، وان ذكر مدة مجهولة لم يصح على الصحيح من المذهب) . وذكر في كتابه الاستبصار ج ٣ ص ١٥١ عن أبي عبد الله أنه قال لمن سألته عن تحديد المدة في المتعة (انك ان لم تشترط — يريد أياماً معلومة — كان تزويج مقام) . ونقل في نفس المرجع والموضع عن الرضا أنه قال لمن سألته عن متعة سنه وأقل وأكثر (اذا كان بشيء معلوم الى أجل معلوم) — هذا كلام عالين كبيرين من شيوخ الشيعة الجعفرية . (ورب البيت أدري بما فسي البيت) .

له منهن - وبقوله في السورة نفسها « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » • قالوا وهذا مما قد ابتغاه بماله • ويقولوه في السورة نفسها « فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة » • قالوا ، ولفظ الاستمتاع اذا أطلق لا يفيد الا نكاح المتعة ، وفي قراءة ابن عباس وابن مسعود « فما استمتعتم به منهن الى أجل مسمى ••• » وهذا نص ، ولفظ الاجور يؤيد ارادة المتعة ، لان الاجر غير المهر الواجب في الزواج المؤبد •

قالوا ، ولا خلاف انها كانت مباحة ، فمن ادعى نسخها فعليه الدلالة • قالوا ، وقد مات النبي صلى الله عليه وسلم والناس يتعاطون نكاح المتعة ، وبقي ذلك الى عهد عمر ، ومن كان يرى جوازها ، ابن عباس رضى الله عنه وكثير من الصحابة •

قالوا ، وما ورد من الاخبار في تحريمها ، فكلها اخبار آحاد ، وفيها مع ذلك الاضطراب (١) •

آثار نكاح المتعة عند الجعفرية :

- (١) تثبت به حرمة المصاهرة
- (٢) لا تثبت به نفقة •
- (٣) لا يثبت به توارث بين الزوجين ولو مات احدهما في مدة المتعة الا اذا اشترط «٢» •
- (٤) تجب العدة بعد الافتراق • وعدتها عدة الامة ، شهر ونصف ، ان كانت عدتها بالاشهر ، وحیضتان ان كانت ذات حیض ، وان مات عنها فعدتها اربعة اشهر وعشرة ايام «٣» •
- (٥) لا يثبت به نسب الا ان اشترط هذا الرجل والمرأة ، وان لم يتفقا على الحاق الولد بأبيه فليس له حق طلبه «٤» •

(١) أنظر مسائل الخلاف لابي جعفر الطوسي ج ٢ ص ٧٢ •

(٢) الاستبصار للطوسي ج ٣ ص ١٤٩ •

(٣) من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٤٣١ •

(٤) المرجع السابق ج ٣ ص ٤٣٠ •

(٦) ليس في نكاح المتعة عدد محدود بل له أن يتمتع بأى عدد من النساء ،
سئل ابو عبد الله عن المتعة أهى من الاربع ، قال لا ، ولا من السبعين ، — وقال • •
هى كبعض امائك «١» ، وعنه : تزوج منهن الفا فانهن مستأجرات «٢» •

رأى الجمهور فى نكاح المتعة : —

ذهب جمهور العلماء — عدا الجعفرية — الى أن نكاح المتعة باطل ، وما
كان منه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كان للضرورة القاهرة فى بعض
الغزوات ، حيث اشتدت بهم العزوبة فى الغربية لبعدهم عن نسائهم ، ثم نهى
عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ونسخها • فقد ثبت عنه انه أحلها ثم نسخها
عام خير ، ثم أحلها عام أو طاس عند فتح مكة • ثم نسخها بعد الفتح ، روى
احمد ومسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس بعد فتح مكة فقال
« يا ايها الناس ، انى كنت قد أذنت لكم فى الاستمتاع من النساء ، وان الله قد
حرم ذلك الى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شئ فليخل سبيله ، ولا تأخذوا
مما آتيتموهن شيئا » • ثم أكد النبي هذا النهي فى حجة الوداع ، كما روى
ذلك أحمد وابو داود رضى الله عنهما •

وقد أجاب الجمهور عن الآيات الثلاث التى استند اليها الجعفرية بانها
كلها فى الزواج المؤبد ، كما يشهد بذلك السياق والسباق ، فسياقها وما سبقها
من آيات بل وما لحقها كله فى شأن الزواج الشرعى المعروف •
واما لفظ الاستمتاع فلا يدل على المتعة ، بل المراد منه التمتع الحاصل
بالدخول بالزوجة الدائمة • والتعبير بالاجور ليس دليلا ولا شاهدا عليها ،
لان القرآن عبر بالاجور عن المهور فى هذا الموضع ، وفى مواضع اخرى من
القرآن حيث يقول فى شأن التزوج من الاماء « فانكحوهن باذن أهلن وآتوهن
اجورهن بالمعروف » وقال فى شأن الزواج من الكتائيات « • • • والمحصات
من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن اجورهن » وقال مخاطبا نبيه

(١) من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٤٣٠ •

(٢) الاستبصار ج ٣ ص ١٤٧ •

« يا ايها النبي انا أحملنا أزواجك اللاتي آتيت اجورهن » •

وأما ما نسب الى ابن عباس وابن مسعود من زيادة « الى اجل مسسى »، فهذه الزيادة رواية آحاد لا تثبت بها قرآنية، لان القرآن لا يثبت الا بالتواتر. وأما ان بعض الصحابة كان يرى جوازها بعد وفاة الرسول، فهذا محمول على من لم يبلغه النسخ، فلما بلغه النسخ رجع الى رأي الجمهور • فان ابن عباس وهو أشهر من عرف من الصحابة باباحة المتعة، كان يرى أنها لا تباح الا في حالة الضرورة الملجئة التي يخشى معها الوقوع في الزنى، ثم رجع عن رأيه الى ما أجمع عليه الائمة من الصحابة، فقد روى الترمذي عنه انه قال : « انما كانت المتعة في اول الاسلام، كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه مقيم، فتحفظ له متاعه، وتصلح له شأنه، حتى نزلت الآية « الا على أزواجهم أو ما ملكت أيماهم » قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام •

وقد ثبت عن علي رضي الله عنه، أنه قال « لا أعلم احدا تمتع وهو محصن الا رجسته بالحجارة » • وأنه قال لابن عباس قبل رجوعه عنها « انك تائه، ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء » •

وأما قول الجعفرية، انها أخبار آحاد، لا تقوى على نسخ ما ثبت بالقرآن، فغير مسلم حتى يثبت — أولا — أن المتعة هي المقصودة من آية النساء، ولم يثبت ذلك • على أن الاجماع قام على حرمة المتعة بعد رجوع من رجع من الصحابة عن رأيه الى القول بتحريمها، والاجماع حجة كافية •

وأما دعوى الاضطراب في الروايات المصرحة بالنسخ، فليست مسلمة، لان هذا ليس اضطرابا، وانما هو روايات متعددة ذكرت حالات النسخ المتعددة، ولو كان النسخ وقع مرة واحدة واختلفت الروايات في عدد مرات النسخ وتحديد وقته لصحت دعوى الاضطراب •

لهذا، نرى الحق في جانب الجمهور، ونرى أن الواجب سد باب المتعة

بالمرة لان بعض المستبيحين لها قد توسعوا فيها، وتهاونوا في التحري عن حقيقة المتمتع بها، ومبلغ صلاحيتها لهذا اللون من النكاح، كما تهاونوا في الآثار المترتبة عليها من انقضاء العدة، وثبوت النسب ان كان هناك ولد يراد الحاقه بأبيه • ويظهر أن التهاون، وعدم التحري في نكاح المتعة، ليس بالشئ الجديد، بل هو قديم من زمن أئمة الجعفرية عليهم رضوان الله، يشهد لذلك ما روى عن ابي جعفر من انه سئل عن المتعة، فقال « ان المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم انهن كن يؤمنن يومئذ، فاليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن » (١) •

(٣) شروط النفاذ

شروط نفاذ الزواج : هي الشروط التي اذا تحققت، ترتب عليها أثر العقد بالفعل كحل الدخول بالزوجة، ووجوب المهر • ويسمى العقد حينئذ نافذاً، أما ان تخلفت هذه الشروط كلا أو بعضاً، فالعقد موقوف لا تترتب عليه آثاره، وهذه الشروط هي :

أولاً : أن يكون كل من الزوجين كامل الاهلية اذا باشر العقد بنفسه أو وكل به غيره • وتام الاهلية بالحرية والبلوغ، والعقل التام • فان تولى العقد أو وكل به، الحر، البالغ، التام العقل، وقع نافذاً، وان تولاه، أو وكل به العبد، أو الصغير المميز، أو المعتوه وقع موقوفاً على اجازة الولي •

ثانياً : أن يكون كل من العاقلين ذا صفة شرعية في تولي العقد، كأن يكون أصيلاً، أو ولياً، أو وكيلًا • فان تولاه واحد من هؤلاء، وقع نافذاً، وان تولاه أجنبي فضولي ليس له من الصفة الشرعية ما تخول له تولي العقد، كان موقوفاً على اجازة صاحب الشأن •

(٤) شروط اللزوم

شروط اللزوم : هي الشروط التي اذا تحققت كلها ثبت الزواج دون أن

(١) من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٤٢٩ •

يكون لاحد الحق في فسخه . فان تخلفت هذه الشروط كلا او بعضا كان العقد غير لازم . وكان لصاحب الشأن حق طلب الفسخ . وهذه الشروط هي :
أولا — أن يكون الزوج كفوًا للزوجة ان زوجت نفسها وهي كاملة الاهلية فان تحققت الكفاءة، لزم الزواج، وان لم تتحقق الكفاءة، فللاولياء العصبية حق الاعتراض، ورفع الامر الى القاضي لفسخ العقد «^١» — وسر هذا أن الاولياء يلحقهم عار بزواجها من غير كفاء . والكفاءة — كما سيأتي — حق الزوجة والاولياء فان أسقطت حقها بقي حقهم .

وقال الجعفرية : رضا المرأة بغير كفاء، كاف في لزوم العقد، ولا يتوقف على رضا الاولياء ، لان الكفاءة عندهم حق الزوجة وحدها .
ثانيا — أن يكون المهر مهر المثل ان زوجت البالغة العاقلة نفسها، فان كان أقل من مهر مثلها، «^٢» لا يلزم العقد الاولياء من العصبية، فلهم حق الاعتراض ، فان زاد الزوج المهر الى مهر المثل لزم العقد، والا طلبوا من القاضي الفسخ ، وذلك لان في الزواج بأقل من مهر المثل، معرة تلحق الأولياء ، واسقاط المرأة حقها لا يلزم الاولياء ، لان لهم حقا في ذلك ايضا «^٣» .
وقال الجعفرية : رضا المرأة بأقل من مهر مثلها ، كاف في لزوم العقد ،

(١) روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن المرأة ان زوجت نفسها من غير كفاء لم يصح العقد من أول الامر . وهذا هو الراجح عند الحنفية لانه كم من واقع، لا يرتفع وليس كل ولي يحسن المرافعة ولا كل قاض يعدل ولو أحسن الولي الخصومة ، وعدل القاضي فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له . أنظر فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١ .

(٢) النقصان القليل لا يلتفت اليه ، وانما الكلام بالنسبة للنقصان الفاحش .
(٣) حق طلب الفسخ للاولياء عند عدم الكفاء أو في حالة نقصان المهر ثابت مالم يكن منهم سكوت الى أن تلد الزوجة أو يظهر عليها الحمل ، محافظة على الولد .

ولا يتوقف على رضا الاولياء، لان المهر حق الزوجة وحدها .

ثالثا : أن يكون الولي هو الاب أو الجد المعروفان بحسن التصرف ، بالنسبة لزواج الصغير أو الصغيرة، او من به جنون أو عتة ، فاذا عقد الاب أو الجد لواحد من هؤلاء كان العقد لازما، ولو كان الزواج من غير كفء أو بأقل من مهر المثل، ولو بلغ الصغير أو عقل المجنون، فلا حق لهما في الفسخ، لان الشأن في الاب والجد المعروفين بحسن التصرف أن ينظرا في مصلحة الصغير أو المجنون، وتساهلهما في الكفاءة أو المهر لا يكون — في الغالب — الا من أجل مصلحة فوق الكفاءة والمهر «^١» وقد ألحق ابو يوسف، غير الاب والجد من الاولياء العصبة، بالاب والجد، بالنسبة لتزويج الصغير أو الصغيرة .

وذهب الجعفرية الى أن الاب أو الجد لو زوجا الصغيرة أو المجنونة من غير كفء، أو بأقل من مهر المثل، فلها بعد البلوغ أو الافاقة حق الفسخ ، ولو عرف الاب والجد بحسن التصرف .

اما اذا تولى العقد الاب أو الجد المعروفان بسوء التصرف أو ولي غير الاب والجد فالعقد غير لازم، باتفاق، فللصغير بعد البلوغ، والمجنون بعد الافاقة، حق فسخ العقد، ان رأيا في ذلك مصلحة تعود عليهما .

رابعا : ان كان المزوج للامة هو السيد، فشرط لزوم العقد بقاؤها مملوكة، فان عتقت ثبت لها حق الفسخ دون الرجوع الى القاضي، والاصل في ذلك حديث بريرة، وفيه أن الرسول خيرها بعد عتقها، بين الابقاء على الزوجية ، وفسخها ، فاختارت الفسخ .

هذا بالنسبة للامة، فان كان المملوك عبدا زوجه سيده ثم عتق ، فليس له حق الفسخ، لانه يملك التخلص من الزوجية بالطلاق، أما الامة، فلا تملك الطلاق، فكان لها حق الفسخ .

(١) وكذلك الحكم لو زوج الابن امه غير العاقلة بأقل من مهر مثلها او من غير كفء .

خامسا : أن يكون عقد الزواج خاليا من التغير، فمن ادعى نسا معينا فتم الزواج على أساسه، ثم اتضح أن نسبه دون ما ادعى فللمرأة ولاولائها حق الفسخ بطلب من القاضي ولو كان نسبه الحقيقي لا يفوت الكفاءة على الصحيح — ويمكن أن يدخل في التغير، كل ما يترتب عليه ضرر مادي، أو ادبي، يلحق المرأة — أما تغير المرأة بالرجل فلا يمنع لزوم العقد، لان الرجل يملك الطلاق فلا حاجة به الى طلب الفسخ •

الفصل الثالث

« في : أقسام الزواج وحكم كل قسم »

نقصد بأقسام الزواج، أقسامه من حيث استيفاءه شرائطه الشرعية ، أو عدم استيفائها • ونقصد بالحكم الاثر المترتب عليه شرعا ، كحل الدخول بالزوجة، ووجوب المهر، وغير ذلك من آثار عقد الزواج • وبالرجوع الى ما تقدم من الكلام على شروط الزواج المختلفة، يمكن أن نحصر أقسام الزواج فيما يلي :

(١) الزواج الباطل (٢) الزواج الفاسد (٣) الزواج الموقوف (٤) الزواج النافذ غير اللازم (٥) الزواج اللازم — واليك تعريف كل قسم وبيان حكمه :

(١) الزواج الباطل

تعريفه :-

الزواج الباطل : هو الذي حصل الخلل في أركانه، وذلك بفقد شرط أو أكثر من شروط الانعقاد، كزواج فاقد الاهلية اذا باشر العقد بنفسه، وزواج الكافر من المسلمة والاخ من اخته ...

حكمه :-

الزواج الباطل لا يترتب عليه أثر ما، فوجوده كعدمه، وعليه فلا يحل به

دخول، ولا يجب به مهر، ولا تتقرر به نفقة، ولا يرد عليه طلاق، ولا يتخلف عنه عدة، ولا يثبت به نسب، ولا أي شيء من حقوق الزوجية وواجباتها وآثارها . وإذا حدث دخول بالمرأة في هذا الزواج الباطل، وجب عليهما أن يتفرقا في الحال، فإن لم يتفرقا، يجب على كل من يعلم بالدخول أن يرفع الأمر إلى القاضي، وعلى القاضي أن يفرق بينهما جبرا، لأن الدخول معصية يجب رفعها .

بقي أن نقول : هل الدخول هنا يعتبر زنى ويجب فيه الحد أولا ؟ — قال الجعفرية هو زنى، وعليه القتل إن كان المدخول بها محرما، وإن كانت غير محرم حد «١» .

وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وابن حنبل، إذا كان مرتكب معصية الدخول عاقلا، عالما بالتحريم كان الدخول زنى، ووجب إقامة الحد عليه . وقال أبو حنيفة، لا يحد، لأن العقد وإن كان باطلا إلا أن له صورة العقود، فأورث شبهة، والحدود تدرء بالشبهات . وقال أيضا بوجوب مهر المثل للمرأة، لأن كل وطئ في الإسلام لا يخلو عن عقر أو عقر — أي لا يخلو عن حد أو مهر — فإذا فات الحد للشبهة وجب المهر .

ثم إنه يثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة عند من يثبت حرمة المصاهرة بالزنى ودواعيه كالحنفية . وسيأتي تفصيل ذلك في فصل المحرمات من النساء .

(٢) الزواج الفاسد

تعريفه :-

الزواج الفاسد : هو الذي تمت أركانه بشرائطها ، ولكن تخلف فيه شرط أو أكثر من شروط الصحة، كالزواج بلا شهود عند من يشترط الشهادة .

حكمه :-

أنه لا يحل به الدخول، وإن دخل بها تفرقا، أو فرقهما القاضي جبرا ، ولا

يترتب على العقد الفاسد وحده أي أثر من آثار الزوجية، ولا تثبت به حرمة المصاهرة، ولكن ان دخل بها دخولا حقيقيا، ترتب على هذا الدخول الآثار الآتية :

- ١ — لا يقام حد الزنى اتفاقا لوجود الشبهة •
- ٢ — وجوب مهر المثل عند عدم التسمية، أو الاقل من المسمى ومن مهر المثل عند التسمية • وقال زفر : يجب مهر المثل على أي حال، ولا عبرة بالمسمى لفساد التسمية تبعا لفساد العقد •
- ٣ — تثبت به حرمة المصاهرة •
- ٤ — تجب به العدة وابتدائها من وقت الافتراق — ويلاحظ أن تكون العدة عدة طلاق ولو في حالة الوفاة، لان عدة الوفاة تكون في الزواج الصحيح دون غيره •
- ٥ — ثبوت النسب، محافظة على الولد وعدم ضياعه •
- ٦ — عدم التوارث بين الزوجين عند موت أحدهما، ولو قبل التفرق •

(٣) الزواج الموقوف

تعريفه :-

الزواج الموقوف : هو ما استوفى أركانه، وتوفرت فيه شروط الانعقاد ، وشروط الصحة، ولكن تخلف شرط أو أكثر من شروط النفاذ، كتزويج الصغير المميز نفسه بدون اذن وليه •

حكمه :-

الزواج الموقوف — مع كونه صحيحا — لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزوجية الا اذا أجازاه من بيده الاجازة كالولي في المثل السابق، فانه حينئذ يستتبع كل آثاره، أما اذا لم يجزه وحصل الدخول بالفعل ترتب على هذا

الدخول كل الآثار التي تترتب على الدخول في الزواج الفاسد «^١» • وإذا حصلت وفاة في مدة وقف العقد لا يثبت به توارث •

(٤) الزواج النافذ غير اللازم

تعريفه :-

الزواج النافذ غير اللازم : هو كل زواج استوفى شروط الانعقاد ، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، مع قيام حق الاعتراض لغير العاقد على العقد، وعدم التزامه به • وذلك كتزويج البالغة العاقلة نفسها بأقل من مهر مثلها • فللولي حق الاعتراض، فأما ان يزيد لها الزوج الى مهر المثل أو يفسخ العقد •

حكمه :-

حكم هذا الزواج أنه ثبت به كل آثار الزوجية من اباحة الدخول ، ووجوب المهر وثبوت النسب، والميراث، وحرمة المصاهرة، وكل حق لاحد الزوجين قبل الآخر «^٢» •

(٥) الزواج اللازم

تعريفه :-

الزواج اللازم : هو ما استوفى شروط الزواج على اختلافها، وهو أعلا أقسام الزواج الخمسة •

حكمه :-

حكم الزواج اللازم :هو حكم الزواج النافذ غير اللازم، ولا فرق بينهما

(١) ينبغي أن يعلم أن الدخول بغير اذن الولي لا يبطل حقه في اجازة العقد وعدم اجازته • فان أجازته يعد الدخول معتبرا في عقد صحيح نافذ ، لان الاجازة اللاحقة تنسحب على العقد من وقت انشائه فينقلب الموقوف نافذا من المبدأ • وان لم يجزه الولي كان ذلك ابطالا للعقد من المبدأ •

(٢) اذا وقع الفسخ قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة لا يجب شيء من المهر سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أم من قبل الزوجة •

الامن ناحية واحدة هي : أن اللازم ليس لاحد أن يعترض عليه ويطلب فسخه .
أما غير اللازم فحق الاعتراض والمطالبة بالفسخ ثابت لمن أعطاه الشارع
هذا الحق .

الفصل الرابع

« في : المحرمات من النساء »

بيننا فيما تقدم، أن المرأة التي يراد الزواج بها، لابد أن تكون محلاً
لورود العقد عليها، وفي هذا الفصل نبين المحرمات من النساء، حتى نقف على
من لا يصح العقد عليها منهن، وبالتالي نقف على من يصح العقد عليهن ، وهن
كل من سوى المحرمات، فنقول :

المحرمات من النساء قسمان : —

(الاول) محرمات على التأييد ، على معنى أنه لا يحل الزواج أبداً
بواحدة منهن لمن حرمت عليه، لأن سبب التحريم دائم لا يزول .
(الثاني) محرمات على التأقيت، على معنى أنه لا يحل الزواج بواحدة
منهن لمن حرمت عليه، ما دام سبب الحرمة قائماً، فإن زال سبب الحرمة — وهو
قابل للزوال لكونه وصفاً طارئاً — أصبح العقد عليها جائزاً لمن كانت محرمة
عليه من قبل . واليك تفصيل كل قسم :

« القسم الاول — المحرمات على التأييد »

أسباب الحرمة المؤبدة ثلاثة : القرابة، والمصاهرة، والرضاع . وقد
تنوعت المحرمات على التأييد تبعاً لتنوع أسباب الحرمة الى ثلاثة أنواع :
محرمات بسبب القرابة، ومحرمات بسبب المصاهرة، ومحرمات بسبب الرضاع .
ولنتكلم عن كل نوع من أنواع هذه المحرمات :

النوع الاول — المحرمات بسبب القرابة :-

والمراد القرابة القريبة، التي يعبر عن صاحبها بذوي الرحم المحرم، وهن أصناف أربعة :

أ — اصول الرجل من النساء : وهن الام ، والجدة لاب ، أو لام وان علت •

ب — فروعها : وهن بناته، وبنات أولاده الذكور والاناث وان نزلن •

ج — فروع أبويه : وهن أخواته، شقيقات كن، أو لاب، أو لام، وكذا بنات الاخوة والاخوات وان نزلن •

د — فروع أجداده وجداته اذا انفصلن بدرجة واحدة : وهن العمات ، والخالات، وكذا عمات اصوله، وخالاتهم • أما اذا كان الانفصال بأكثر من درجة فلا حرمة، وعلى هذا تحل بنات الاعمام والعمات، وكذا بنات الاخوال والخالات وان نزلن •

والمرجع في تحريم هؤلاء ، قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت » «١» •
وحكمه تحريم هؤلاء ، ما يأتي :

(١) الانسان محتاج الى انشاء علاقات مع بني نوعه، والعلاقة بين الاقرباء موجودة، فأولى أن يبحث عن علاقة جديدة تربط بين اسرتين ، فيحصل التعاون والتآزر والتناصر •

(٢) لا تقبل الفطر السليمة، ولا تستسيع بحال من الاحوال، أن يفترش الابن امه، أو الاب ابنته، أو الاخ اخته، أو ابن الاخ عمته، أو بن الاخت خالته، وهذا ملاحظ في بعض الحيوانات العالية التي تطلب أليفها من غير بيتها ، لذا

(١) جهة الدلالة في الآية على حرمة ذكرن يحتاج لشيء من التوضيح بالنسبة للبعض ، ومن أراد الوقوف على ذلك فليراجع كتب التفسير في شرح هذه الآية ، وما ذكره الكاساني في البدائع ج٢ ص ٢٥٦ وما بعدها •

كانت شريعة الله متمشية مع الفطرة، متلائمة مع الطبيعة، حين حرمت هؤلاء جميعا ، في الديانة الاسلامية ، واليهودية ، والمسيحية .

(٣) أثبت العلم الحديث أن كل نسل يتوالد من سلات ترجع الى اصول متقاربة، يكون في الغالب ضعيفا هزيلا، وهذا ثابت بالتجارب التي اجريت على الحيوان، والنبات، كما أثبت ان كل نسل يتوالد من اصول متباعدة يكون في الغالب فتيا قويا . والانسان في تناسله خاضع لهذه النظرية العلمية ، يقوى نسله ان تزوج في الغرباء، ويضعف ان أصهر الى الاقرباء . ونبي الاسلام قرر هذا من قديم، ونطق به قبل أن ينطق به رجال العلم الحديث، فقال عليه الصلاة والسلام « اغتربوا لا تزواوا » أي تزوجوا في الغرباء حتى لا تضعف أولادكم . وهذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول لبني السائب، وكانوا يتزوجون فيما بينهم « قد ضويتم فانكحوا في الغرائب » . وقديما قيل « بنات العم أصبر ، والغرائب أنجب » . والشاعر العربي يقول :

فتى لم تلده بنت عم قريبة فيضوي، وقديضوي رديد (١) القرائب (٤) يدعو الشارع الى صلة الرحم، وتوثيق العلاقة بين الاقرباء . وفي الزواج من المحرمات بسبب القرابة تعريض الرحم للقطيعة . وتمزيق ما أمر الله به أن يوصل، لان في الزواج حقوقا وواجبات، يترتب على تبادلها بين الزوجين في كثير من الاحيان خلف وشقاق، وقد قال الكاساني في بدائع الصنائع (٢) « ان نكاح هؤلاء يفضي الى قطع الرحم، لان النكاح لا يخلو عن مباسطات تجري بين الزوجين عادة، وبسببها تجري الخشونة بينهما أحيانا، وذلك يفضي الى قطع الرحم، فكان النكاح منهن سببا لقطع الرحم، مفضيا اليه، والمفضي الى الحرام حرام » . وفوق ذلك، قد تتنافى حقوق الزوجية مع حقوق القرابة، وهذا ظاهر في

(١) رديد القرائب . من يولد بينهم .

(٢) ج ٢ ص ٢٥٧ .

الام لو تزوجها ابنها، فعليه طاعتها لحق الامومة، وعليها طاعته لحق الزوجية ، وبهذا يصير من له الطاعة عليه الطاعة، وفي هذا عكس الاوضاع، وقلب الحقائق .
(٥) لو أبخنا الزواج من هؤلاء لكان مقتضى هذا أن نباعد بين الاقرباء ، ونحرم عليهم المخالطة حتى لا يتولد بينهم طمع الرجل في المرأة، فتكون المساوىء والمفاسد، وفي تحريم لقاء الاب لابنته، ومخالطة الاخ لاخته حرج أي حرج، وتشديد لا تتحملة طاقة البشر، لذا كان التحريم مؤبدا حتى تنقطع الاطماع، وتفتقر الرغبات، ويتم اللقاء والخلطة، دون مخافة العاقبة .

النوع الثاني - المحرمات بسبب المصاهرة :-

وهن أصناف أربعة :-

- أ - زوجة الاب والجد، وان علا، دخل بها أو لم يدخل .
 - ب - زوجة الابن «١» وابن الابن، وان نزل، دخل بها أو لم يدخل .
 - ج - أم زوجته، وجدتها، وان علت، دخل بها أو لم يدخل «٢» .
 - د - بنت الزوجة (ويقال لها الربيبة) تحرم هي وبناتها، وبنات أولادها، ولكن بشرط أن يكون قد دخل بأمرها، فان كان قد عقد عليها ثم فارقها أو مات عنها قبل الدخول فلا مانع من زواجه باحدى فروعها .
- والمرجع في تحريم هؤلاء جميعا نص القرآن، فبالنسبة لتحريم زوجة الاب والجد قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتنا وساء سبيلا » . وبالنسبة لما سوى ذلك من المحرمات بسبب المصاهرة، قوله عظما على المحرمات من النساء « .. وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » .

(١) المراد الابن الصلبى ، أما المتبنى فهو أجنبي ، تحل زوجته بعد فراقها وانقضاء عدتها لمن تبناه .

(٢) هذا مذهب جمهور الفقهاء ، وهناك من يشترط الدخول بالزوجة لتحريم أصولها على الزوج .

والحكمة في تحريم هؤلاء ما يأتي :

(١) الإبقاء على علاقة القرابة، لأننا لو أبخنا للابن أن يتزوج زوجة أحد أصوله بعد طلاقها، أو أبخنا للاب أن يتزوج زوجة أحد فروعہ بعد طلاقها، لأدى ذلك الى وجود عداوات، وخصومات بين الآباء والابناء، لأن الوالد قد يرغب في إعادة زوجته اليه فيجد الابن قد قطع عليه الطريق بزواجه منها، وكذلك الابن قد يرغب في إعادة زوجته اليه فيجد أباه أو جده قد قطع الطريق عليه بزواجه منها، وكذلك لو أبخنا للرجل أن يتزوج من أصول زوجته، أو من فروعها لأدى ذلك الى وقوع عداوات بين الأصول والفروع •

(٢) لا يستغني الولد عن مخالطة زوجة أبيه، ولا الوالد عن مخالطة زوجة ابنه، ولا تستغني الام عن مخالطة زوج ابنتها، ولا البنت عن مخالطة زوج امها، ولولا التحريم المؤبد لتولد بين هؤلاء جميعا الطمع في الصلات غير المشروعة، نتيجة المخالطة الحتمية، فكان التحريم على جهة التأييد قاطعا لهذه الاطماع •

هذا — وقد يقول قائل، ما بال القرآن اشترط الدخول بالامهات لتحريم البنات؟ واكتفى بالعقد على البنات لتحريم الامهات؟ وللمجواب عن هذا نقول : ان العادة جرت بأن الام تؤثر بنتها على نفسها، فان طلقها الزوج قبل أن يدخل بها، وفاتها أن تسعد به، فقد تحول عنها الى ابنتها، وهذا يطفئ غيرتها، ويذهب المما وحسرتها، لانها ترى في سعادة ابنتها سعادة لها، وكم استعذبت الامهات الشقاء من أجل سعادة البنات •

أما البنت فليس من طبعها أن تؤثر امها على نفسها، فان عقد الزوج عليها ثم طلقها وتزوج من امها ثارت في نفسها الغيرة، وتولد في قلبها الحقد على أمها التي سعدت على حساب شقاءها، وأقامت زوجيتها على أنقاض زوجيتها وهنائها • أما بعد الدخول بالام فالتحريم ثابت لان الام قد استوفت حظوظ الزواج، فكانت بنتها — ضرورة المخالطة — كبنت الزوج، فلا تحل له مراعاة

لهذه الصلة • على أن التعليل العام للتحريم بسبب المصاهرة، قوله عليه الصلاة والسلام « المصاهرة لحمه كلحمه النسب » •

هذا — وقد ألحق الفقهاء بالزوجة المعقود عليها عقدا صحيحا في حرمة المصاهرة ما يأتي :

(١) الموطوءة بملك اليمين •

(٢) المدخول بها بناء على عقد فاسد •

(٣) الموطوءة بشبهة، كامرأة زفت لرجل على أنها زوجته، ثم اتضح بعد الدخول بها أنها غير المعقود عليها •

(٤) المزني بها، ومن مست أو قبلت بشهوة، عند الحنفية، والجعفرية «^١» والحنابلة، وجماعة من الفقهاء الذين يرون أن مناط التحريم هو الوطء مطلقا، مشروعا كان أو غير مشروع •

أما الشافعي فإنه لا يرى الزنى، أو دوايه مثبتا لحرمة المصاهرة، لأن الحرام لا يحرم الحلال، ولأن حرمة المصاهرة نعمة تلحق الاجانب بالاقرباء، فكيف تثبت بما هو محظور شرعا ؟ •

النوع الثالث — المحرمات بسبب الرضاع : —

يحرم من الرضاع كل ما يحرم من النسب (القراة) والمصاهرة، وعلى هذا فالمحرمات بسبب الرضاع أصناف ثمانية :

(١) الام من الرضاعة، وكذا الجدات وان علون •

(٢) البنت من الرضاعة، وكذا بنات الاولاد وان نزلن •

(٣) فروع الابوين، وهن الاخوات من الرضاعة، وكذا بنات الاخوة والاخوات وان نزلن •

(١) وفي رواية أخرى عند الجعفرية، أن الزنى لا ينشر الحرمة، وذكر الطوسي في مسائل الخلاف ج ٢ ص ٦٦ أن أكثر الروايات على أن الزنى يتعلق به التحريم كالوطء المباح •

- (٤) فروع الاجداد والجندات اذا انفصلن بدرجة واحدة، وهن العمات والخالات من الرضاعة، وكذا عمات وخالات الابوين أو الاجداد والجندات .
- (٥) أم الزوجة من الرضاعة، وكذا جداتها، وان علون، دخل بالزوجة أو لم يدخل .
- (٦) بنت الزوجة من الرضاعة، وبنت اولادها وان نزلن بشرط الدخول بالزوجة .

(٧) زوجة الاب من الرضاعة، وكذا زوجة الجد وان علا .

(٨) زوجة الابن من الرضاعة، وكذا زوجات أولاده وان نزلن .

والمرجع في تحريم هؤلاء قوله تعالى، عطفًا على المحرمات « .. وامهاتكم اللاتي أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة » .

وقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . والاجماع على أنه، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة (١) ، الا أن هناك مسائل مستثناة من هذا العموم، ووجه استثنائها أن المعنى الذي من أجله كان التحريم في النسب أو المصاهرة، ليس موجودا فيها، فمن هذه المسائل المستثناة، أم الاخ رضاعا، فاذا أرضعت امرأة صبيا، وكان لها ابن من النسب، جاز لهذا الابن من النسب أن يتزوج بأم الصبي الذي رضع من امه، لان أم الاخ من النسب اما أم ، أو زوجة أب، وهذا المعنى منتف في أم الاخ رضاعا ، فلهذا كانت حلالا .

(١) أقام جمهور العلماء أدلة واضحة على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة ولهم تخریجات في الآية والحديث تتمشى مع هذا التعميم ، ولكن ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وقفا بالتحريم عند مورد النص فلم يقولوا بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة . فراجع كتب التفسير في الآية ، وراجع فتاوي بن تيمية وزاد المعاد لابن القيم لتقف على حجج الفريقين .

ومنها أخت ابنه رضاعا ، فإذا أرضعت امرأة ولدا ، ولهذا الولد أخت لم ترضع من تلك المرأة ، يجوز لزواج المرأة أن يتزوج أخت ذلك الولد الذي هو ابنه من الرضاع ، لأن أخت الابن من النسب أما ابنته ، أو بنت زوجته المدخول بها ، وهذا المعنى منتف في أخت الابن رضاعا ، فلهذا كانت حلالا ، وقس على هاتين المسألتين •

وحكمة التحريم بسبب الرضاعة : أن الرضيع قد تغذى من لبن من أرضعته ، ولبنها من دمها ، وعليه نبت لحم الطفل ، ونشز عظمه ، فكان جزءا منها ، وكانت له كالأم نسا ، فالأم غذته بدمها وهو جنين في بطنها ، والمرضعة غذته بدمها وهو طفل في حجرها ، وزوج المرضعة له دخل في در لبنها ، فكان بمنزلة الأب للرضيع ، لذا ثبتت الحرمة بين الرضيع وأمه وأبيه رضاعا وما اتصل بهما من اصول وفروع وأصهار ، كما هو الشأن بالنسبة للأب والأم نسا ، لرابطة الدم ، وثبوت الجزئية في الحالتين « ١ » •

« القسم الثاني — المحرمات على التأقيت »

وهن أنواع متعددة، تبعا لتنوع أسباب الحرمة، ومجمل هذه الانواع سبعة (١) المشغولة بحق الغير (٢) الجمع بين محرمين (٣) المطلقة ثلاثا (٤) الأمة على الحرية (٥) الملاعنة (٦) من لا تدين بدين سماوي (٧) الزيادة على الاربع — واليك تفصيل كل نوع :

١ — المشغولة بحق الغير : —

يحرم تزوج كل امرأة مشغولة بحق الغير، فزوجة الغير، والمعتدة من طلاق رجعي، أو بائن، أو من وفاة مشغولة بالزوجية حقيقة أو حكما ، فالزواج بها في هذه الحالة يكون عدوانا على الغير، فوق ما يؤدي اليه من اختلاط

(١) سيأتي الكلام عن الرضاع في بحث مستقل نبين فيه المدة التي يكون الرضاع فيها محرما، والمقدار الذي يثبت به التحريم، وغير ذلك من مباحث الرضاع .

الانساب «١» •

ودليل التحريم لذات الزوج قوله تعالى، عطفًا على المحرمات

« • • والمحصنات من النساء » اذ المراد بهن ذوات الازواج •

ودليل التحريم للمعتدات قوله تعالى في شأن المطلقات « والمطلقات

يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقوله في شأن المتوفي عنها زوجها « والذين

يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » وقوله

فيهن أيضا « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » وقوله

« وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن » •

هذا ويلحق بالمعتدة من زواج صحيح المعتدة من دخول بعقد فاسد ، أو

وطء بشبهة • أما المزنى بها فان كان العاقد عليها هو الزاني صح العقد ،

وجاز الدخول بها في الحال ، سواء كانت حاملا أو غير حامل «٢» •

وان كان العاقد عليها غير الزاني، وكانت غير حامل جاز العقد عليها

والدخول بها في الحال عند ابي حنيفة، وأبي يوسف والشافعي • وقال محمد

والجعفرية : يصح العقد، ويكره الدخول بها حتى يستبرأها بحيضة • وقال

مالك واحمد لا بد من العدة •

وان كان العاقد غير الزاني، وكانت حاملا صح العقد، وحرم الدخول

(١) مذهب الجعفرية أن من تزوج من معتدة ودخل بها علما بالحرمة أو

جاهلا حرمت عليه مؤبدا، وكذا اذا عقد عليها فقط وكان يعلم بالحرمة، أما مجرد

العقد مع الجهالة فلا يستلزم الحرمة المؤبدة - انظر الاستبصار ج٣ ص ١٨٧

ومسائل الخلاف ج٢ ص ٦٨ . ومذهب المالكية كمذهب الجعفرية بالنسبة

للمعتدة من وفاة أو طلاق بائن الا أن الظاهر عندهم عدم تأييد التحريم بالعقد

المجرد عن الدخول ولو علما بالحرمة - انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير

ج٢ ص ١١٨ ، ١١٩ •

(٢) بعض الفقهاء لا يرى صحة الزواج من الزانية ، وهو مروي عن الحسن

البصري • وروى عن أحمد انه جائز بشرط التوبة .

بها حتى تضع حملها عند أبي حنيفة، ومحمد، والشافعي، لقوله عليه الصلاة والسلام (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره) * وقال أبو يوسف، وزفر، ومالك، واحمد في رواية عنه لا يصح العقد، وبالتالي لا يجوز الدخول، فان وضعت حملها عقد عليها ودخل بها * وقال الجعفرية، يصح العقد، ويجوز الدخول بها في الحال ، ويستحب الا يطأها حتى تضع ما في بطنها «^١» * .

٢ - الجمع بين محرمين : -

والمراد من المحرمين، كل امرأتين بينهما قرابة محرمية بحيث لو فرضت أيتهما «^٢» ذكرا حرمت عليه الاخرى، وذلك كالاختين، لاننا لو فرضنا أي واحدة منهما ذكرا لا تحل للآخرى لان هذا يؤدي الى جواز نكاح الاخ أخته، وكذلك المرأة مع عمتها أو خالتها ، لا يصح الجمع بينهما * والدليل على التحريم قوله تعالى، عطفًا على المحرمات « ... وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف » فهي صريحة في حرمة الجمع بين الاختين، وتدل بالفحوى على حرمة الجمع بين سائر المحارم، وقد أيد هذا العموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها، ولا على ابنة اختها، فانكم ان فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » * ولا فرق بين كون المحرمين

(١) مسائل الخلاف ج٢ ص ٦٥ .

(٢) عبرنا بأيتهما ، لان الجمهور يرى أن الحرمة لا تثبت الا اذا ثبت التحريم من الجانبين، فأيتهما فرضت ذكرا حرمت عليه الاخرى . أما لو كانت الحرمة من جانب واحد فالجمع جائز كما في البنت مع زوجة أبيها، فلو فرضت البنت ذكرا لا تحل لها زوجة أبيها . ولكن على فرض أن زوجة الاب ذكر فهي أجنبية عن البنت . وكذا المرأة مع زوجة ابنها، وخالف زفر فقال بحرمة الجمع ولو ثبتت الحرمة من جانب واحد . على أننا اشترطنا القرابة المحرمية ولا قرابة بين من ذكر في المثالين .

من ناحية النسب ، أو من ناحية الرضاع «١» .

وذهب الجعفرية الى أنه يجوز نكاح المرأة على عمتها، وخالتها بشرط رضا العمة والخالة، ويجوز نكاح العمة على بنت أخيها، والخالة على بنت اختها بدون رضا بنت الاخ ، وبنت الاخت «٢» .

هذا - ويرى الحنفية أنه كما لا يصح أن يتزوج الرجل من أخت زوجته التي في عصمته، كذلك لا يصح أن يتزوج من أخت زوجته المطلقة طلاقا رجعيًا، أو بائنا بينونة صغرى أو كبرى ما دامت في العدة، لان الزوجية باقية حكما لبقاء آثارها، كحق الاحتباس، ووجوب النفقة .

ويرى المالكية، والشافعية، والجعفرية ،ان حرمة الجمع بين المحارم انما هو حال قيام الزوجية فعلا، أو في عدة الطلاق الرجعي، أما لو كان الطلاق بائنا فقد انقطعت الزوجية وزالت، فان تزوج في العدة بأخت المطلقة فلا يكون ذلك جمعا بين أختين .

ثم انه قد يحدث أن يتزوج رجل من محرمين في عقد واحد، وهنا يقع العقد فاسدا بالنسبة لهما معا .

وقد يتزوجهما في عقدين كل على حدة، ولكنه لا يعرف السابق منهما .
والحكم أن أحد العقدين فاسد ييقين، ولما كان تعيين الفاسد متعذرا وجب التفريق في الحال بالنسبة لهما معا «٣» .

أما ان تزوجهما في عقدين كل على حدة . وكان السابق معروفا كان هو الصحيح، والثاني فاسد باتفاق .

(١) خالف ابن تيمية وابن القيم فأجاز الجمع بين المحارم رضاعا .

(٢) الاستبصار ج٣ ص ١١٨ .

(٣) ان أمكن في هذه الصورة وما قبلها ترجيح عقد واحدة على عقد الاخرى كأن كانت احدهما ليس فيها مانع آخر والاخرى فيها مانع آخر سوى ما نحن فيه اعتبر العقد صحيحا بالنسبة للراجعة وفاسدا بالنسبة للآخرى .

والحكمة في تحريم الجمع بين المحارم : ما يترتب على الجمع من قطع الصلة بين ذوي الارحام، لان العادة جرت بكراهة الزوجة لضرتها، وتلك طبيعة المرأة فلا يمكن التخلي عنها، والاسلام يدعو الى توثيق العلاقات، لا الى قطعها ، وقد صرح الرسول صلى الله عليه وسلم بذلك في الحديث السابق حيث قال في آخره « ... فانكم ان فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم » •

٢ - المطلقه ثلاثا : -

وهذه حرمتها المؤقتة ، بالنسبة لمن طلقها، فان زال مانع الحرمة بأن تزوجت من آخر زواجا صحيحا، ودخل بها دخولا حقيقيا، ثم طلقها أو مات عنها ، فللزواج الاول بعد انقضاء عدتها أن يعقد عليها من جديد •
والدليل على هذا قوله تعالى « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » ... الى أن قال « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » •

والحكمة في تحريم المطلقه ثلاثا على من طلقها، أن الزوج اذا ما عرف ان المطلقه الثالثة ستحرم عليه زوجته، وأنها ستكون لزوج آخر، وقد لا تعود اليه، وان عادت فبعد أن أخذ الثاني منها رغبتة، وقضى وطره، دعاه كل هذا الى أن يترث ويتروى ، فيمسك عن طلاق هذا مآله ، وتلك عاقبتة •
والزوج والزوجة اذا ما عرفا هذه العاقبة التي تنجم عن الطلاق الثلاث ، راجع كل منهما نفسه، فأزال أسباب الخلاف من جانبه، وحسن معاملته لصاحبه، حفاظا على الزوجية، وإبقاء عليها •

٤ - تزوج الامه على الحرة : - (١)

من كان في عصمته زوجة حرة فلا يجوز له أن يتزوج امة عليها ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح الامه على الحرة، وتنكح الحرة على الامه »

(١) قصدنا بيان حكم الشريعة، بصرف النظر عن كون الرق له وجود الآن أو لا وجود له .

ولان الله أباح زواج الائمة عند عدم القدرة على زواج الحرة «١» — والقدرة كما يرى الحنفية — متحققة بوجود الحرة في عصمته .
والحكمة في هذا التحريم، هو أن ادخال الامة على الحرة امتهان لها ،
وجرح لكرامتها، والمرأة لا ترضى عادة بادخال الحرة عليها، فكيف بالامة ؟

٥ - المرأة الملاعنة : -

اذا قذف الرجل زوجته بالزنى، أو نفى ولدها عن نفسه ، ولم يكن له
شهود على ذلك، فالحكم اذا ترفعوا الى القاضي، أن يحلف الرجل أربع مرات
بالله انه صادق فيما رماها به، والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين .
ثم تحلف المرأة أربع مرات بالله انه كاذب فيما رماها به، والخامسة ان غضب
الله عليها ان كان من الصادقين . فان تم ذلك، فرق القاضي بينهما وكانت
المرأة حراما عليه، لا تحل له ما دام على اتهامه لها، فان كذب نفسه، وبرأ
ساحتها، أقيم عليه حد القذف ثمانون جلدة، وكان له أن يعقد عليها من جديد .
والحكمة في أن الشارع جعل الحرمة نتيجة الملاعنة، أن الثقة قد فقدت
بين الزوجين، وزواج لا ثقة فيه لا خير فيه، فأولى أن تحل عقدته، فان كذب
الزوج نفسه عادت الثقة، وحينئذ لا مانع من عودة الزوجية، ان رضيت
الزوجة .

٦ - من لا تدين بدين سماوي :

لا يحل لمسلم أن يتزوج من امرأة لا تدين بدين سماوي، فمن لا تعترف
بألوهية، ومن تشرك مع الله غيره، ومن تعبد الاوثان، ومن تعبد النار أو
النجوم، كل اولئك لا يبيح الشارع للمسلم نكاحهن، فالله يقول « ولا تمسكوا
بعضم الكوافر » ويقول « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولامة مؤمنة خير
من مشركة ولو أعجبتكم » . وقال عليه الصلاة والسلام في شأن المجوس

(١) في قوله « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن
ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » .

« سنوا بهم سنة أهل الكتاب، غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم » •
ويلحق بهؤلاء في التحريم، المرتدة عن الاسلام ولو الى دين سساوي
آخر، لانها لا تقر على ردتها، وتعتبر غير ذات دين، وتحبس الى أن تتوب
أو تموت •

والحكمة في تحريم هؤلاء جميعا، أن بين المسلم ومن لا تؤمن بالله ولا
بنبي تباينا تاما في العقيدة، ومحال أن تستقر مع هذا التباين التام حياة زوجية،
أو تحسن معه عشرة ومودة •

وأما الكتائية، يهودية أو مسيحية، فللمسلم — على رأي الجمهور — أن
يتزوج منها لان الله يقول : « اليوم أحل لكم الطيبات
وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات
والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ... » •

وانما جاز نكاح الكتائية لانها والمسلم متقاربان في الدين فلا يخشى على
الزوجية من خلاف يعكر صفوها ويهدم كيائها — وسيأتيك فيما بعد بحث
مفصل يتناول أحكام زواج المسلمين من غير المسلمين •

٧ - الزيادة على الرابع : -

لا يحل لرجل في عصمته أربع زوجات أن يتزوج بخامسة، واذا طلق
واحدة فليس له أن يتزوج باخرى حتى تنقضي عدتها ولو كان الطلاق بائنا
بينونة كبرى، لان الزوجية قائمة حكما ما دامت العدة باقية لبقاء أثر النكاح •
وذهب الشافعية، والجعفرية، الى أنه بالنسبة للطلاق البائن بقسميه يجوز
للمطلق أن يتزوج في العدة بخامسة، ولا يكون جامعا بين خمس نسوة لان
زوجية المبانة زالت بمجرد طلاقها ولا التفات لبقاء العدة •

والاصل في تحريم الزيادة على الرابع قوله تعالى « فانكحوا ما طاب
لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » ولو جازت الزيادة لما اقتضت الآية
على الرابع •

وقد أيدت السنة ذلك، فقد روى أن غيلان الثقفي أسلم وتحتة عشر نسوة، تزوجهن في الجاهلية، وأسلمن معه، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً ويفارق الباقي • وقد قام الاجماع على ذلك أيضا • وما وراء ذلك من أقوال، لا يلتفت اليه، ولا يعول عليه «١» •

هذا • ولا بد لنا أن نعرض لبيان مسألتين نرى في تجليتهما وتوضيحهما ما يزيل غبار الشك الذي أثاره، ولا يزال يثيره أعداء الاسلام، بغية الكيد له والصد عنه « يريدون ليطفئوا نور الله بأفواههم والله متم نوره ولو كره الكافرون » •

قالوا : ان تعدد الزوجات، اسراف في اشباع الغريزة الجنسية، والدين يجب أن يسمو على الغرائز، وعليه أن يعمل لتهدئتها، وكبح جماحها، لا لاثارتها، بالتقلب من لذة الى لذة، والتنقل من امرأة الى امرأة، عليه أن يدعو الى السمو الروحي، لا الى لذة الجسد، فتلك بهيمة صرف، وهي بغير الانسان أليق •

قالوا : وفي تعدد الزوجات ظلم للمرأة التي لا تقبل طبيعتها أن تشاركها امرأة ثانية في حقوقها الزوجية، بله ثالثة ورابعة، ولئن رضيت بالمشاركة فهيات أن يكون الزوج عادلاً بين نساءه، لاختلاف ميوله وهواه، فهو ولاشك الى واحدة أميل، وبها — دون غيرها — أبر •

قالوا : وكهم لتعدد الزوجات من مساوئ، فالبيت لا يهدأ، والزوج لا يطمئن ولا يستريح من كيد الضرة لضررتها ومحاولة كل واحدة افساد علاقة الاخرى بزوجها، والاولاد من نساء متعدّدات، تنشأ بينهم العداوات، ولغير سبب — الا سبب اختلاف الام — تقوم بينهم المشاحنات والخصومات، وبيت

(١) من هذه الآراء، عدم التحديد بعدد بل للانسان أن يجمع من الزوجات ما شاء، ومنها أن الذي يباح ثماني عشرة، ومنها أن المباح تسع، وكل صاحب رأي له في الآية فهم خاص، فراجع كتب التفسير •

هذا حاله ، لا خير فيه ، وأسرة هذا شأنها خير منها الوحدة عن الزوج والولد .
قالوا : وتعدد الزوجات ينشأ عنه كثرة الاولاد ، وكثرة الاولاد تحتاج
الى دخل لا ينقطع ، ومورد لا يفيض ، ومن لنا بهذا الدخل الذى يسد حاجة
هذه الكثرة المتزايدة من النسل ؟ وموارد الدولة معدودة ، وأرزاقها محدودة ،
وهي بهم على قلتهم ضائقة ، فكيف تسعهم ان تضاعف عددهم ، وتزايد
جمعهم ؟

قالوا هذا !! .. ونقول لهم :

ان الاسلام لم يكن بدعا فى اباحة تعدد الزوجات ، فقد سبقته أديان
أباحت التعدد الى ما فوق الاربع بكثير ، كاليهودية ... وما عليه المسيحية
من قصر الزواج على واحدة ، فليس ذلك من أجل المحافظة على المرأة وشعورها
بل لان الترهب والتبتل هو الاصل ، والمرأة — فى المسيحية — شر محض
يصرف المرء عن الله ، فان كانت ضرورة ملحة ، فامرأة واحدة أهون شرا من
امراتين .

والاسلام حين جاء ، وجد التعدد مألوفا عند العرب ، ووجد منهم من
لا يقف بالتعدد عند حد ، فما كان منه الا أن هذب هذه القوضى ، فلم يقض
على مبدأ التعدد بالمرة ، وانما وقف به عند الاربع ، لحكم ان جهلها بعض
الناس أو تجاهلها ، فذلك لانها « لا تعمي الابصار ولكن تعمي القلوب التى
فى الصدور » .

ليس فى تعدد الزوجات اسراف فى اشباع الغرائز ، أو ارضاء لرغبات
الجسد ، وانما هو العلاج كل العلاج لادواء المجتمع ، ومشاكل الناس .
فالرجل الذى تصاب زوجته بمرض عضال يستعصى على العلاج ، ولا
تصلح معه للحياة الزوجية ، هل فى شريعة الانصاف أن نحرّم عليه الزواج من
أخرى ، تسد حاجته ، وتقضى لباتته ؟ أو من فضيلة الوفاء أن يطلق زوجته
حتى يتمكن من الزواج بأخرى ؟ . ان حرمانا عليه الزواج فقدد كلفناه شططا ،

وحملناه عسيرا ، وان أبحنا له الطلاق ليتمكن من الزواج بأخرى — حيث لا يباح له الجمع بين زوجتين — فمن للزوجة الاولى ، وقد زهد فيها الناس ، وانصرف عنها الرجال ؟ • أليس الجمع بين الثنتين أوفق وأرفق ؟ •

والرجل قد يكون له من طبيعته ما لا يصبر معه على الحرمان من المرأة مدة طويلة ، والمرأة يعترئها في بعض الاحيان ما تمتنع معه المعاشرة الجنسية ، كأيام حيضها ، ونفاسها ، فهل نعرض من هذه حاله من الرجال للفتنة ، والمغامرات في صلات غير مشروعة ؟ أو نسد حاجته بزوجة أخرى من طريق مشروع ؟

والحروب التي تأتي على الرجال ، ثم تنتهي بهذه المشكلة الاجتماعية ، قلة الرجال وهم عصب الدولة ، وكثرة النساء ، وهن في حاجة الى رعاية وعناية ، وفي حاجة أمس الى الزوج الذي يجنبهن مزالق الاخلاق ، وموارد الرذيلة •

دلت الاحصائيات الصحيحة على أن نسبة الرجال الى النساء ، بعد الحرب العالمية الاولى كانت ١ الى ٣ ، وبعد الحرب العالمية الثانية ، كانت نسبة الرجال الى النساء في المانيا ١ الى ٩ • أفمن الخير أمام هذه القلة من الرجال ، والكثرة من النساء ، أن نبيح تعدد الزوجات ، حتى نعوض النقص في الرجال ، ونحافظ على كرامة المرأة ؟ أم من الخير أن نحرم التعدد ، وتبقى الامة هزيلة ضئيلة ، وتصبح المرأة ولا طريق لعيشها الا بعرضها ، ولا سبيل لحياتها الا على حساب سمعتها وشرفها ؟

ثم هل ينكر أحد ان الدول التي يعيب أهلها على الاسلام تعدد الزوجات ، يتفشى بين أفرادها نظام الخليلات والعشيقات ، بحيث يكون للرجل أكثر من خليلة وعشيقة ، يعيش معهن في ريبة ، ويرتبط بهن برباط غير مشروع ؟ أذلك خير أم تعدد الزوجات الذي شرعه الله ، وأحاطه بقدسية ، وناطه بحقوق وواجبات ؟

أما ما يقال من أن التعدد ظلم للمرأة، فذلك بعيد كل البعد عن الحقيقة ، لان الاسلام لم ييح التعدد في كل الاحوال ، بل أباحه عند الحاجة ، وشرطه بالتأكد من العدل والمساواة بين الزوجات ، وحيث لا ضرورة فالإقتصار على واحدة أولى ، وحيث يتوقع الظلم وعدم المساواة فالتعدد حرام قطعاً ، لان الله يقول « ... فان خفتهم ألا تعدلوا فواحدة » •

لقد حاول بعض من لا يدركون اتجاهات القرآن في أسلوبه ، أن يأخذوا منه دليلاً على حرمة التعدد ، فقالوا : ان القرآن ، أباح التعدد بشرط العدالة وبين أن العدالة غير ممكنة بقوله « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » •

ونقول : هذا فهم ان صح كان القرآن مناقضاً نفسه بنفسه ، وحاشاء أن يكون كذلك « ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً » • والفهم الصحيح ، أن الآية الاولى أرادت من العدالة المساواة في النفقة والقسم بين الزوجات ، وهذا أمر ممكن يدخل تحت طاقة البشر •

أما الآية الثانية التي صرحت بأن العدل غير مستطاع ، فمرادها ، الحب والميل القلبي ، وهذا فوق طاقة البشر ولا دخل لهم فيه ، ويشهد لذلك قوله عليه الصلاة والسلام « اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك » •

وأما ما يقال من أن تعدد الزوجات سبب لتعكير الحياة الزوجية ، وافساد للعلاقات بين الاولاد ، فذلك ليس عيب التعدد ، وانما هو عيب المجتمع الذي نعيش فيه ، فلو عرف كل فرد حقه وواجبه ، ووقف عند حده ، دون أن يتعرض لغيره بما يسوءه ، لما كانت هناك مشاكل الاسر ، ومفاسد العائلات !! •

وأولى بالرجل الذي لا يأنس من نفسه العزم والحزم ، أن يقتصر على امرأة واحدة ، حتى لا يجنى على نفسه ، وبيته ، وأولاده •

وأما ما يقال من أن تعدد الاولاد يتسبب عنه كثرة الاولاد ، والكثرة

تؤدي الى أن تضيق موارد الدولة بأفرادها ، فذلك منطق العجزة ، واسلوب القعدة ، وحجة الكسالى فى دنيا الناس !!...•

لم تبخل الارض بخيراتها ، وموارد البلاد الطبيعية لا تزال تتزايد يوما بعد يوم ، وكنوز الارض لا تزال تظهر آنا بعد آن ، وبفضل حركات العرب التحررية رفعنا يد المستعمر عن كنوزنا وخيراتنا ، فاتسعت ولا تزال تتسع أمامنا موارد الرزق التى تكفى أضعاف أضعافنا • وحاجتنا اليوم — قبل كل شئ الى الايدي الكادحة العاملة ، والقوى المستغلة المنتجة • ويومئذ لا تكون فاقة ولا حاجة •

المسألة الثانية — ما أثير حول زواج الرسول بأكثر من أربع :-

يحاول بعض المغرضين أن ينالوا من نبي الاسلام ، لجمعه بين أكثر من أربع زوجات ، ويقولون أن محمدا لم يرض لنفسه أن يكون كأفراد أمته ، بل خص نفسه وميزها ، بأن جمع فى وقت واحد بين تسع زوجات ، وما كان للنبي أن يميل الى الشهوات ، فيعدد الزوجات ، فضلا عن تمييز نفسه عن أفراد أمته ، والميل الى الشهوات دليل على ضعف الخلق ، وضعف الخلق لا يليق بجلال النبوة !!...•

ونقول لهؤلاء : أن جهلكم بالتاريخ ، وبتاريخ التشريع خاصة ، وعدم ادراككم لاهداف النبوة السامية ، حدى بكم الى منكر القول وزوره ، فرميتم رسول الله صلى الله عليه وسلم بميله الى الشهوات ، واندفاعه وراء الملذات !!...•

نقول لهؤلاء : تتبعوا التاريخ ، واستقصوا زوجات الرسول ، واحدة

واحدة ، فسترون أنه ما أقدم على واحدة الا لغرض سام ، وقصد نبيل •

تزوج الرسول من أجل تأليف القلوب المتنافرة • وتزوج بدافع الاخلاص والوفاء لمن ساندته فى دعوته ، وعاونه على تبليغ رسالته • وتزوج من فارقت أهلها وغادرت وطنها من أجل دينها ، ثم مات زوجها وتركها بلا عائل ولا نصير ،

فكان لها عليه السلام الزوج ، والعائل ، والنصير ، مكافأة لها على ما أبلت في دين الله • وتزوج من رأى في زواجه منها ما حجب قومها في الاسلام ، فدخلوا فيه بعد كفر ، واعتنقوه بعد عناد ومكابرة • وتزوج من قتل زوجها في حروب المسلمين ، وخلف لها ذرية ضعافا ، فحماها من ذل الحاجة ، وعال أيتامها • وتزوج من كان زواجه منها هداما لعادة تمكنت من قلوب العامة ، وتطبيقا لتشريع صعب تنفيذه على الناس ، فما لبثوا أن طبقوه على أنفسهم ، وانقادوا لحكم الله فيه • وتزوج لغير ذلك من أسباب يطول ذكرها ...

ومع هذا فاستعرضوا زوجات النبي عليه السلام ، فسترون أنهن جميعا كن ثيبات مسنات ، ما عدا عائشة رضى الله عنها ، فهل من يجري وراء شهواته وملذاته ، يطلب الثيب المسنة ، ويترك البكر الشابة ؟ لو كان شewanيا — كما تقولون — لكان له عن كل هؤلاء مندوحة الى غيرهن من نساء المسلمين ، وفيهن من يفقن كل أولئك شبابا وجمالا •

ثم نقول لهؤلاء تعلموا تاريخ التشريع الاسلامى حتى تفقوا على أن التعدد الذى جاء به القرآن انما كان بعد تزوجه عليه الصلاة والسلام بجميع أمهات المؤمنين ، وكانت العادة قبل نزول آية التعدد تبيح للرجل أن يتزوج من النساء ما يشاء ، ومن الثابت أنه لم يتزوج بعد نزول هذه الآية (١) •

... وأخير نقول لهؤلاء : قارنوا بين ما ألزم الله به نبيه ، من عدم جواز تطبيقه لاية واحدة من نسائه ، وعدم تمكينه من الزواج بأية واحدة عليهن ، كما صرح بذلك القرآن الكريم فقال « لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج ولو أعجبك حسنهن » •

قارنوا بين هذا الحظر ، وما أبيض لسائر المسلمين من استبدال زوجة

(١) انظر المواهب الفتحية ص ٢٥ . ولا يقال لم لم يمكك أربعا ويفارق الباقي كما هو الحكم بالنسبة لافراد امته ، لان الرسول لو طلق احدى نسائه فليس لاحد بعده أن يتزوجها بنص القرآن وهنا يكون الطلاق ظلما للمطلقة .

مكان زوجة ، ثم قولوها كلمة منصفة عادلة • قولوا : ان نبي المسلمين ، لا ترقى اليها الشبهات ، وحاشاه أن يكون قد اندفع وراء الشهوات والملذات • • قولوها فقد قالها المنصفون ، وسجلها التاريخ • • •

الفصل الخامس

« في : الولاية في الزواج »

(١) تعريفها (٢) أسبابها (٣) شروطها (٤) ترتيب الاولياء (٥) انتقال الولاية عن الولي القريب الى البعيد (٦) أنواع الولاية (٧) أحكام تزويج الاولياء (٨) متى يسقط خيار المولى عليه ؟

١ - تعريف الولاية : -

الولاية لغة : النصرة ، وقيام الشخص بأمر غيره - وشرعا سلطة شرعية ، يملك بها صاحبها التصرف في شئون غيره جبرا عليه • فدخل في هذا التعريف ، الولاية على النفس ، والولاية على المال ، والولاية الخاصة ، كولاية الاب على ابنه الصغير ، والولاية العامة ، كولاية الامام ومن ينوب عنه • وموضوع بحثنا ، هو الولاية على النفس في الزواج •

٢ - أسباب الولاية على النفس في الزواج : -

أولا : الملك - فالسيد يتولى تزويج عبده وأمته ، بمقتضى ملكيته لهما •
ثانيا : القرابة - فالقريب العاصب ، وغير العاصب ، يتولى زواج من تحت ولايته بمقتضى قرابته له •
ثالثا : ولاء العتاقة - وهو حق شرعي ، أعطاه الشارع للمعتق على

من أعتقه ، يرثه به اذا مات ، ويتولى به تزويجه ان كان فاقد الاهلية ، بشرط عدم وجود قريب عاصب في الحالتين •

رابعا : ولاء الموالاة — كانت العادة جارية بأن يسلم رجل من الكفار على يد رجل مسلم ويواليه ، بأن يقول له ، أنت مولاي ، ترثني اذا مت ، وتعقل عني اذا جنيت ، فتصبح له درجة من الولاية ، تأتي بعد ولاية القرابة بكل أنواعها •

خامسا : الامامة العامة ، فالامام ولي من لا ولي له ، ويقوم مقامه من ينوب عنه ، كالسلطان ، والقاضى •

٣ - شروط الولاية : -

(١) الحرية (٢) البلوغ (٣) العقل (٤) اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه •

أما الثلاثة الاولى ، فلان كمال الاهلية يكون باجتماعها ، وبفقدتها أو فقد واحد منها ، لا يكون الانسان أهلا للتصرف في حق نفسه ، فكيف يسلك التصرف في حق غيره ، وفاقد الشيء لا يعطيه ؟ •

وأما اتحاد الدين ، فلان الولاية فرع الميراث ، ولا توارث عند اختلاف الدين ، فكذا لا ولاية — وينبغي أن يلاحظ ما يأتي :-

أولا : أن شرط اتحاد الدين ، انما هو بالنسبة للمولى الخاص ، أما من له ولاية عامة ، وهو الامام أو نائبه ، فلا يشترط فيه هذا الشرط ، لان ولايته على المسلم وغير المسلم • وكذا للسيد المسلم ، تزويج أمته الكافرة بمقتضى الملكية لا الولاية ، على الصحيح «١» •

ثانيا : — لو كان المولى عليها مسيحية مثلا ، ولها أخ مسلم ، وأخ مسيحي ، فوليها ، أخوها المسيحي دون المسلم • ومنع الجعفرية ولاية غير

المسلم على المسلم وأجازوا ولاية المسلم على غير المسلم «^١» .
ثالثا - عدالة الولي شرط عند الشافعية والحنابلة ، لقوله عليه الصلاة
والسلام « لا نكاح الا بولي مرشد » أي رشيد ، والفاسق ليس رشيدا «^٢»
وقال الحنفية والمالكية ، لا تشترط عدالة الولي ، لان ما ورد في القرآن
والسنة ، من أمر للاولياء بتزويج من في ولايتهم ، ليس فيه ما يشير الى
اشتراط العدالة في الولي ، ولان الفاسق يزوج نفسه باتفاق ، فكذا يملك
تزويج غيره ما دام في ولايته ، ولان مدار الولاية على توفر الشفقة ، ورعاية
المصلحة ، وهما لا يزولان بالفسق .

وأجابوا عن حديث « لا نكاح الا بولي مرشد » بأن كلمة (مرشد)
ليست ثابتة ، وعلى فرض ثبوتها فالحديث مضطرب ، والاضطراب موجب
للضعف ، وعلى فرض صحة الحديث مع زيادة لفظ (مرشد) فليس معناها
ما ذكر ، بل معناها ، أنه يرشد الى ما فيه مصلحة المولى عليه ، وهذا أمر
يصلح له العدل والفاسق .
أما الجعفرية ، فقد شرطوا العدالة في الحاكم والوصي ، دون الاب
والجد .

٤ - ترتيب الاولياء :-

المولى عليه ، اما أن يكون مملوكا ، واما أن يكون حرا . فان كان مملوكا
فالولاية عليه لمالكه ، ذكرا كان المالك أو أنثى ، فالعبد والامة ، صغيرين ، أو
كبيرين ، عاقلين ، أو غير عاقلين ، يتولى المالك عقد زواجهما .

(١) أما المرتد عن الاسلام فلا ولاية له مطلقا لا على مسلم ولا على كافر ولا
على مرتد مثله . لانه لا يرث أحدا ، ولا ولاية له على نفسه ، حتى لا يجوز نكاحه
أحدا لا مسلما ولا كافرا - بدائع الصنائع ج٢ ص ٢٣٩ .
(٢) وعن الشافعية والحنابلة رواية أخرى لا تشترط عدالة الولي .

وان كان المولى عليه حرا ، فولاية تزويجه تثبت للاولياء على الترتيب الآتي :

أولا — العصبة النسبية «١» : وهم أصناف أربعة :

أ — البنوة : ويراد منها ، الابن ، وابن الابن وان نزل .

ب — الابوة : ويراد منها الاب ، والجد أبو الاب وان علا .

الاخوة : ويراد منها الاخ ، وابن الاخ وان نزل ، شقيقا كان ،

أو لاب .

د — العمومة : ويراد منها العم ، وابن العم وان نزل ، لابوين كان ،

أو لاب .

وهؤلاء جميعا مرتبون حسب عصوبتهم ، فالاقوى عصبة أولا ، ثم

الذى يليه ، حسب ترتيبهم فى الميراث .

وعلى هذا فان وجد قريب من أي جهة من هذه الجهات ، وليس له

مزاحم ، كان هو المولى الذى يتولى تزويج من تحت ولايته . وان تعدد

الاقرباء وتزاحموا ، كان التفاضل بينهم باعتبار الجهة أولا ، فيقدم من كان

من جهة البنوة ، ثم من كان من جهة الابوة ، ثم من كان من جهة الاخوة ،

ثم من كان من جهة العمومة .

فان تساوا فى الجهة ، بأن كانوا جميعا من جهة الاخوة مثلا ، كان

التفاضل بينهم بقرب الدرجة ، فالاخ مقدم على ابن الاخ ، وابن الاخ مقدم

على ابن ابن الاخ ، ... وهكذا .

وان تساوا فى الجهة والدرجة ، كان التفاضل بينهم بقوة القرابة ،

فان كانوا اخوة ، مثلا ، قدم الاخ الشقيق على الاخ لاب ، وان كانوا أعماما ،

قدم العم لابوين ، على العم لاب ... وهكذا .

(١) مرادنا من العصبة النسبية . العاصب بنفسه ، وهو كل قريب ذكر لا

تنفرد انثى بالتوسط بينه وبين قريبه .

وان تساوى الاولياء جهة ودرجة وقوة ، كأن كانوا جميعا اخوة أشقاء ، أو اخوة لاب ، ثبت لكل واحد منهم الولاية كاملة ، وأيهم تولى العقد وقع صحيحا ، ونفذ على الباقيين ، دون أن يكون لاحدهم حق الاعتراض ، لان الولاية حق واحد ، لا يقبل التجزئة .

ثانيا — العصة السببية : وهي التى تكون بسبب العتق . فالولاية عند عدم وجود عاصب نسبي ، تنتقل للمعتق ، ذكرًا كان أو أنثى ، ثم لعصبة المعتق النسبية ، حسب الترتيب السابق .

ثالثا — الاقارب غير العصابات : وهؤلاء على الراجح من مذهب الحنفية ، مرتبون كما يلي :

(١) الاصول . وهم الام ، ثم أم الاب ، ثم أم الام .

(٢) الفروع . وهم البنت ، ثم بنت الابن ، ثم بنت البنت ، ثم بنت ابن

الابن ، ثم بنت بنت البنت . وبعد هؤلاء يأتي الجد لام .

(٣) فروع الابوين . وهم الاخت الشقيقة ، ثم الاخت لاب ، ثم الاخ

والاخت لام على سواء .

(٤) فروع الجدين . وهم العمات مطلقا ، والاعمام لام ، ثم الاخوال

والخالات ، ثم أولادهم ، مع مراعات الدرجة والقوة .

رابعا — مولى المولاة ، ان وجد (١) .

خامسا — الامام أو من ينوب عنه : لقوله عليه الصلاة والسلام

« السلطان ولي من لا ولي له » .

هؤلاء هم الاولياء ، وهذا هو ترتيبهم عند أبي حنيفة رضى الله عنه .

وليس وراء هؤلاء من له ولاية التزويج ، ولو كان وصيا ، لان الوصى ولايته

(١) ذكرنا ضمن الاولياء ، مولى العتاقة ، ومولى الموالاة ، ومرادنا بيان حكم

الشارع، بصرف النظر عن كون هذا اللون من الاولياء، موجودا الان أو غير موجود .

على المال لا على النفس «١» •

وزهد أبو يوسف — في المشهور عنه «٢» — ومحمد بن الحسن ، الى أن الولاية ، تثبت للعصبات النسبية أولا ، ثم للعصبات السببية ، ثم للامام أو نائبه • وقد استدلا على هذا ، بقوله عليه الصلاة والسلام « الانكاح للعصبات » ومعناه — حيث لا عهد — جنس الانكاح ، مفوض الى جنس العصبات ، فلا يكون لغيرهم مدخل في ولاية الزواج ، سوى الامام أو من يقوم مقامه عند عدم العاصب ، لقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي من ولي له » •

وأیضا فان العصبات ، هم الذين يلحقهم عار الزواج أو فخاره ، فكانت ولاية الزواج لهم حتى يتحرزوا من نسب من لا يكافؤهم •

ولكن أبا حنيفة — رحمه الله — لاحظ فيما ذهب اليه من ولاية القريب غير العاصب ، أن الولاية يقصد من ورائها النظر في مصلحة المولى عليه ، وهذا كما يتحقق من العاصب يتحقق من القريب غير العاصب ، لانه أمر يقوم على الشفقة ، وهي متوفرة في الاقرباء على الاطلاق ، ومن ذا يقول ان الام لا تتوفر عندها الشفقة والحرص على مصلحة بنتها ؟ • أم من ذا يقول أن الامام أو القاضي ، الذي يشغل بالنظر في مصالح العامة ، ولا تتوفر عنده البواعث التي تدعوه الى التحري في تخير الكفاء ، يقدم على الام ، أو الجدة ، أو العمة ، أو الخالة ؟ •

لذا كان مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة ، أرجح من مذهب صاحبيه ، وكانت عليه الفتوى ، وبه العمل • ولا يعكر عليه حديث « الانكاح

(١) في رواية عن أبي حنيفة أن الاب لو أوصى للوصي بزواج الصغير ، صح وثبتت له ولاية التزويج أيضا •

(٢) وغير المشهور عنه أنه مع أبي حنيفة في أن الولاية تثبت للاقرباء غير العصبه •

للعصبات » لانه محمول على ثبوت الحق لهم حال وجودهم ، وليس فيه ما يدل على أن الولاية لا تثبت لغيرهم •

هـ - انتقال الولاية عن الولي القريب الى البعيد :-

عرفنا فيما تقدم أن ولاية الزواج ، تثبت للولي الاقرب ، فالاقرب ، فليس للبعيد مع وجود القريب وصلاحيته حق في الولاية • ولكن قد يوجد ما ينقل هذه الولاية عن الولي القريب ، الى الولي البعيد ، وذلك في الحالات الآتية :

(١) اذا وكل الولي القريب من هو أبعد منه ، كان للبعيد بمقتضى هذه الوكالة تزويج المولى عليه ، ولو مع وجود الولي القريب في المجلس ، ومع هذا فالوكالة لا تزيل حق القريب في الولاية • فله فسخ الوكالة ، وتولي العقد بنفسه •

(٢) اذا غاب الولي القريب أو اختفى بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء حضوره ، انتقلت الولاية الى البعيد ، ويكون عقده نافذا ، ولو حضر القريب بعد ذلك لا يلتفت لاعتراضه •

وذهب الشافعي ، الى أن الولاية تنتقل في هذه الحالة ، الى القاضى ، كما لو عضل الولي القريب • ولكن الحنفية يقولون : ان القاضى تنتقل اليه الولاية ، عند عدم الولي ، أو عند تحقق ظلمه ، والولي هنا موجود ، والظلم غير واقع •

وقال الجعفرية : ان كان أولى الاولياء مفقودا ، أو غائبا غيبة منقطعة ، على مسافة قريبة ، أو بعيدة ، وكلت ، وزوجت نفسها ، ولم يكن للسلطان تزويجها ، الا بوكالة منها (١) •

(٣) اذا عضل الولي القريب من تحت ولايته عن الزواج من الكفء وبمهر المثل ، انتقلت الولاية عنه الى الولي الا بعد ، وهو القاضى ، دون غيره

على الصحيح ، وذلك لان العضل ما دام بغير حق ، فهو ظلم يجب رفعه ،
والقاضي ، دون غيره ، هو المكلف برفع المظالم عن الناس .

وقال الجعفرية : اذا عضل الاب أو الجد ، وامتنع من تزويج الصغيرة :
فليس لغيرهما من الاقارب ، أو الحاكم ، ولاية تزويجها ، ولو كان العضل
لسبب غير مقبول ، فلو زوجها الحاكم ، والحالة هذه ، كان موقوفا على
أجازتها بعد البلوغ .

هذا . وقد علمت أن الاهلية شرط في تحقق الولاية وثبوتها ، وعلى
هذا ، فالصغير ، والمجنون ليسا من أهل الولاية حتى يقال ، ان الولاية تنتقل
الى البعيد بسبب صغر القريب ، أو جنونه ، لانها لم تثبت له بالمرّة حتى
تنتقل عنه الى غيره . نعم ان كان القريب مجنونا جنونا غير مطبق ، فلا تسلب
عنه الولاية ، بل تنتظر افاقته ، ما دام الانتظار لا يفوت مصلحة تعود على من
هو في ولايته .

٦ - أنواع الولاية :

تنوع ولاية الزواج بالنسبة للمولى عليهم الى ثلاثة أنواع ، وهي :

أولا - ولاية الاستحباب :-

وهي التي تخول لصاحبها حق تزويج المولى عليه ، بناء على اختياره
ورغبته ، مع بقاء الحق للمولى عليه ، في تزويج نفسه بنفسه دون الرجوع
الى الولي في ذلك .

وتثبت هذه الولاية ، على الحرة البالغة العاقلة ، بكرا كانت أو ثيبا ،
عند أبي حنيفة رضى الله عنه ، وكذلك عند أبي يوسف ومحمد في رواية
عنهما . ودليلهم على هذا ، قوله عليه الصلاة والسلام « الايم أحق بنفسها
من وليها ، والبكر تستأمر في نفسها ، واذنها صمامتها » والمراد من الايم ،
من لا زوج لها مطلقا ، وعلى فرض أن المراد من الايم ، الثيب ، كما صرح به
في رواية أخرى ، فقوله ، والبكر تستأمر لا يجعل للولي حقا معها .

قالوا : ولان المرأة ما دامت بالغة عاقلة ، فهي أهل للتصرفات ، وقد أئبح لها باتفاق التصرف فى مالها ، فأولى أن تتصرف فى نفسها ، لان هذا أمر يهمها أكثر من غيرها ، وما قد يكون من تساهل منها فى المهر أو الكفاءة ، متدارك بما أعطاه الشارع للاولياء ، من حق الاعتراض ، وطلب الفسخ .

وذهب الجعفرية ، الى أن الحرة البالغة العاقلة ، ان كانت ثيبا فليس لاحد عليها ولاية جبر ، بل تثبت استحبابا ، ولها أن تزوج نفسها بنفسها .

وان كانت بكرا فالظاهر من الروايات - كما يقول أبو جعفر الطوسى (١) - ان للاب والجد أن يجبراها على النكاح ، ويستحب لهما أن يستأذناها . ومع غير الاب والجد ، هي أحق بنفسها . ويرى بعض الجعفرية ، أن البكر والثيب سواء ، فى أنه لا تثبت ولاية الجبر عليهما لاحد مطلقا (٢) .

ثانيا - ولاية الشركة :-

وهي التي تخول لصاحبها تزويج المولى عليه ، بشرط اشراكه معه فى الرأي والاختيار ، فلا يكون لاحدهما أن يستبد بالعقد دون موافقة الآخر ، فالولى والمولى عليه فى هذا الحق سواء .

وتثبت هذه الولاية ، على الحرة البالغة العاقلة الثيب ، عند الشافعية ، والمالكية ، والحنابلة ، وذهب محمد بن الحسن - فى المشهور عنه - وهو رواية عن أبي يوسف ، أن هذه الولاية ، تثبت على الحرة البالغة العاقلة ، بكرا كانت ، أو ثيبا . غير أن الشافعي ومن معه ، يرون أن الولي هو الذى يتولى العقد وحده ، بعد أن يتم رضا المولى عليها ، لان عقد الزواج عندهم ، لا يصح بعبارة المرأة مطلقا ، سواء أكانت تعقد لنفسها ، أم لغيرها . ومرجعهم فى هذا ، قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها » وقوله « لا نكاح الا بولي » - أما محمد وأبو يوسف

(١) مسائل الخلاف ج٢ ص ٥٧ .

(٢) المرجع السابق ج٢ ص ٥٦ .

فيريان أن لكل من الولي والمرأة ، أن يتولى العقد بنفسه ، ما دام قد تحقق الرضا من الطرفين ، وهذا بناء على ما ثبت في المذهب الحنفي من جواز عقد المرأة لنفسها ولغيرها (١) .

ثالثا — ولاية الاجبار —

وهي التي تخول لصاحبها تزويج المولى عليه جبرا ، وبدون أن يكون له أى مدخل فى الراى والاختيار .

وتثبت هذه الولاية على العبد (٢) والامة مطلقا ، وعلى الصغير والصغيرة ، والمجنون والمجنونة، والمعتوه، والمعتوهة، اتفاقا . وزاد الشافعية على ما تقدم المرأة العاقلة البالغة ان كانت بكرا «٢» ، فالبكارة عندهم شرط فى ثبوت ولاية الاجبار على البالغة العاقلة «٤» ، كما أنها شرط فى الولاية على الصغيرة أيضا . وعلى هذا ، فالثيب صغيرة أو كبيرة ، ليس عليها ولاية جبر عند الشافعية ، بل ولاية مشاركة كما تقدم . غير أنه لما كانت الصغيرة

(١) استدلل الحنفية على جواز عقد المرأة لنفسها بأن القرآن أسند النكاح الى المرأة فى اكثر من آية ، كقوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وقوله « . . فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » . وبالحديث المتقدم وهو « الايم أحق بنفسها . . الخ . واستدلوا على جواز عقد المرأة لغيرها بما ثبت من أن عائشة زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب فلما حضر أمضى الزواج .

(٢) الاظهر عند الشافعي أنه لا يجبر السيد عبده على الزواج ويجبر امته ، وهو رواية عن أبي حنيفة

(٣) تعتبر المرأة بكرا ان زالت بكارتها بتعئيس، أو عارض كوثبة وجراحة ، وتعتبر ثيبا من زالت بكارتها بنكاح فاسد أو وطىء بشبهة، ومن زالت بكارتها بزنى تعتبر بكرا عند أبي حنيفة وثيبا عند الجعفرية .

(٤) البالغة العاقلة، ان كانت بكرا أجبرها وليها عند المالكية، الا اذا رشدت فالصحيح أنه لابد من رضاها واذنها مع بقاء الولاية عليها — حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٢ ص ٢٢٢ — ٢٢٣ .

لا يتصور منها مشاركة في الرأي لعدم الاهلية ، فليس لاحد أن يزوجها ، ولو كان الاب ، أو الجد ، بل ينتظر الى البلوغ ، لتشارك الولي في اختيار الزوج .

هذا . وثبت ولاية الجبر ، عند الحنفية ، لاصناف الاولياء المتقدم ذكرهم على الخلاف المعروف بين الامام وصاحبيه .

وعند الجعفرية : ثبت ولاية الجبر ، على الصغير والمجنون جنونا غير طارئ للاب ، والجد لاب وان علا ، ثم لوصى أحدهما ، ثم للحاكم ، قالوا : وولي المجنونة في النكاح ، أبوها دون ابنها عند الاجتماع ، وللجد أن يزوج الصغيرة مع حضور الاب وأهليته ، ولا يلتفت لاعتراضه ، وللحاكم أن يزوج من طرأ عليه الجنون بعد البلوغ ، وليس ذلك للاب أو الجد أو الوصى . وعند المالكية والحنابلة ثبت ولاية الجبر للاب أو وصيه (١) وعند الشافعية ثبت للاب والجد .

وبعد : فقد خرجنا من هذا البحث ، بأن الحنفية يرون أن المرأة البالغة العاقلة بكرا أو ثيبا — على الراجح من مذهبهم — لها أن تتولى العقد لنفسها ، دون اذن وليها . والشافعية ومن معهم يرون أن البالغة العاقلة ، ما دامت بكرا ، فلا رأي لها في الزواج مطلقا ، بل الرأي أولا وآخر للولي ، ولا عبرة باعترضها — وأدلة كل فريق على ما ذهب اليه يمكن مناقشتها بما لا تنهض بعده لاثبات المدعى .

وكلمة الانصاف ، أن الزواج ليس حق المرأة البالغة وحدها حتى تستبد به ، بل هو علاقات وروابط تنشأ بين أسرتين ، وتتوحد بين عائلتين ، ومن وراء ذلك يكون الاختلاط ويتم الاندماج . وأمر هذا شأنه عجيب الا يشارك فيه الاولياء وهم من أصحابه ، وأعجب منه ، أن يتم دبر آذانهم ، ورغم أنوفهم .

(١) اشترط الحنابلة في ولاية الوصي أن يكون الاب قد عين الزوج .

والزواج، ليس حق الولي وحده، بل هو بالمرأة الصق، وهي به أحق ، فهي التي ستعيش في كنف زوجها، وتربط حياتها بحياته، فكيف يهمل رأيها ، وتساق سوق النعم ؟ *

الحق : أنه لابد من المشاركة في الرأي ، ولابد من اجتماع ارادة المرأة وارادة أوليائها على اختيار الزوج، الذي سيكون لها ولهم، ومنها ومنهم *

والمأمل في الاحاديث الواردة في هذا الموضوع لابد أن يخرج بهذه النتيجة، والمتخير من الفقه الاسلامي العام لابد أن يختار ما ذهب اليه محمد بن الحسن من أصحاب أبي حنيفة، وأبو ثور من مجتهدى الشافعية * وهو أنه لابد في الزواج من رضا المرأة ووليها، ومتى تحقق رضاها فأيهما تولى العقد صح الزواج «١» *

٧ - أحكام تزويج الاولياء :-

تتنوع أحكام تزويج الاولياء تبعا لتنوع الاولياء، واليك البيان :

أولا - اذا كان الولي الاب أو الجد أو الابن «٢»، وكان معروفا بحسن التصرف، فعقده زواج من في ولايته صحيح، نافذ، لازم، ولو كان بغير كفاءة، وبأقل من مهر المثل بالنسبة للزوجة، أو بزيادة فاحشة في المهر بالنسبة للزوج * وهذا رأي أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون العقد لازما ان كان الزواج من غير كفاءة ، أو بغير فاحش (٣) في المهر ، لان الولاية مقيدة بشرط النظر لمصلحة المولى عليه، فان فات الشرط ،فات كون العقد لازما * وملحظ أبي حنيفة، أن الاب، والجد، والابن، يتوفر لديهم الشفقة على من تحت ولايتهم فان تساهلوا في الكفاءة، أو المهر، فلا بد أن يكون لهم من وراء

(١) أنظر الاحوال الشخصية للاستاذ أبي زهرة ص ١٢٤-١٢٥ ، والاحوال الشخصية للاستاذ عمر عبد الله ص ١٥٥ - ١٥٦ .

(٢) ولاية الابن تكون على امه أو ابيه المجنونين أو المعتوهين .

(٣) الغبن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين، والفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين .

ذلك غرض أسمى من الكفاءة أو المهر، ككون الزوج أسخى تفقة، أو أحسن صحبة، أو أوفر غفة، ومذهب الجعفرية في هذه الحالة كمذهب أبي حنيفة •

ثانيا : اذا كان الولي الاب، أو الجد، أو الابن، وكان معروفا بسوء التصرف والاختيار، فان كان قد زوج من في ولايته بكفء وبمهر المثل ، كان العقد نافذا ولازما، وان كان بغير كفء، أو بغبن فاحش في المهر، كان العقد غير صحيح، لان مصلحة المولى عليه في هذه الحالة غير محققة، لفساد الرأي ، وتحقق الضرر •

ومذهب الجعفرية في هذه الحالة، أن العقد موقوف على اجازة المولى عليه ، بعد تحقق أهليته، سواء أكان بكفء وبمهر المثل، أم كان بغير كفء وبغير مهر المثل •

ثالثا : اذا كان الولي غير الاب، والجد، والابن، ولو كان الام، أو القاضي فان كان الزواج من غير كفء، وبغبن فاحش في المهر، فالعقد غير صحيح ، لتحقق الضرر، مع عدم وجود الشفقة، والحرص على مصلحة المولى عليه ، كما هو الشأن في الاب أو الجد مثلاً - وان كان بكفء وبمهر المثل، فالعقد صحيح موقوف على اجازة المولى عليه، بعد تحقق أهليته، فان شاء أمضاه ، وان شاء أبطله حسب ما يراه في صالحه - وقال أبو يوسف يكون العقد لازما كعقد الاب والجد • والرأي الاول هو المعتمد، لما صح من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، زوج أمامة بنت عمه حمزة وهي صغيرة، وقال لها الخيار اذا بلغت، والتزويج كان بالعصوبة لا بالنبوة •

وقال الجعفرية اذا كان المزوج غير الاب والجد كان موقوفا على الاجازة بعد البلوغ، ولو كان بكفء وبمهر المثل • وفي الوصى والقاضي الجامع للشرائط قولان •

هذا : ولا يجوز للحاكم أن يزوج من لا ولي لها من نفسه ولا من أحد اصوله، أو فروعه • وقال الجعفرية : يجوز للحاكم، أن يزوج من لا ولي لها

من أصوله وفروعه اذا راعى المصلحة • قالوا ولا يبعد صحة تزويجها من نفسه اذا كان أصلح لها •

رابعا : اذا كان الولي سيد العبد أو الامة، فولاية تزويجها محض حقه فان زوج العبد، كان الزواج صحيحا لازما، فلا حق له في فسخه بعد عتقه • وان زوج الامة، كان غير لازم، فلها بعد عتقها حق الفسخ •

وانما قلنا بلزوم العقد بالنسبة للعبد دون الامة ، لان الضرر ان كان موجودا فرفعه بالنسبة للعبد يكون بالطلاق الذي يملكه • والامة لا تملك حق الطلاق فكان الفسخ متعينا لرفع الضرر •

٨ - متى يسقط خيار المولى عليه ؟ :-

خيارا لفسخ يتنوع تبعا لاختلاف حال المولى عليه، الى خيار بلوغ ، وخيار افاقة، وخيار عتق • وهو في كل هذا ، يثبت لا على جهة الدوام، بل يسقط لاعتبارات مختلفة، اليك بيانها :

أولا - خيار البلوغ :-

وهو الحق الذي يثبت للصغير والصغيرة اذا بلغا، وكان قد زوجها غير الاب والجد مثلا •

ويسقط هذا الحق (بالنسبة للرجل والمرأة الثيب) بكل ما يدل على الرضا من قول، كطلب الزفاف، أو فعل كتسليم النفقة وتسلمها - ولا يبطل خيارهما بعد البلوغ بالسكوت المجرد عن امارة الرضا، لان سكوتهما لا يعتبر رضا بالعقد ابتداء، فكذا بقاء، وعلى هذا فالخيار باق في المجلس وبعده •

أما البكر، فان كانت تعلم بالزواج، وسكتت، ولم تطلب فسخ العقد فور بلوغها، كان ذلك رضا منها، وليس لها بعد ذلك خيار، لان سكوت البكر يعتبر رضا منها ابتداءً وبقاءً • أما اذا كانت لا تعلم بالزواج، ومضت مدة ولو طويلة بعد بلوغها، فهذا لا يبطل اختيارها، ما دامت لا تعلم بالزواج، فان علمت بعد ذلك وسكتت فور علمها بطل حقها أيضا - وان كانت تجهل أن لها حق الفسخ فسكتت ثم علمت أن لها حق الفسخ فليس لها بعد سكوتها أن تطلب

الفسخ، لان المسلم لا يعذر بالجهل في دار الاسلام .
ويرى الجعفرية أن سكوت الرجل والمرأة ثيبا أو بكرا فور البلوغ والعلم
بالزواج يبطل الخيار . ويعذر هؤلاء بجهلهم بالخيار وفوريته .

ثانياً — خيار الافاقة : —

وهو الحق الذي يثبت للكبير المجنون، أو المعتوه، أو الكبيرة المجنونة ،
أو المعتوهة اذا زال الجنون أو العته .

ويسقط هذا الحق (بالنسبة للرجل، والمرأة الثيب) بما يدل على الرضا
قولاً أو فعلاً . وبالسكوت فور الافاقة والعلم بالزواج بالنسبة للمرأة البكر ،
كما تقدم في خيار البلوغ .

ثالثاً — خيار العتق : —

وهو الحق الذي يثبت للامة اذا أعتقها سيدها، فلها بعد العتق أن تقر
الزواج السابق أو تفسخه . وخيارها يمتد الى آخر مجلس العتق، ان كانت
تعلم بالزواج، والى آخر مجلس العلم، ان كانت لا تعلم — كما أنها تعذر ان
كانت تجهل حقها في الخيار، لانها كانت مشغولة بخدمة سيدها عن تقصى مالها
من حقوق شرعية .

ويجب أن يلاحظ هنا أن المعتقة ان أرادت الفسخ أوقعتة بدون رجوع
الى القاضي . أما حق الفسخ الثابت بخيار البلوغ أو الافاقة ، فلا بد من
الرجوع فيه الى القاضي، ليحكم هو بالفسخ «^١» — وقال الجعفرية لا يرجع
الى القاضي في شيء من ذلك كله .

(١) سبب التفرقة : أن الفسخ في خيار البلوغ أو الافاقة لدفع ضرر خفي ،
للانكار فيه مجال، فيحتاج الى القضاء للالزام في حق الآخر . أما الفسخ في خيار
العتق، فلدفع ضرر جلي لا مجال لانكاره وهو زيادة الملك على المرأة حيث أصبح
الزوج يملك عليها بعد عتقها ثلاث طلاقات . وكان يملك من قبل طلقتين فقط ،
فاعتبر الفسخ دفعا للضرر، والدفع لا يحتاج الى القضاء . انظر الهداية والعناية
ج ٢ ص ٤٠٨ — ٤٠٩ .

الفصل السادس

« في : الوكالة بالزواج »

(١) عقد الزواج يقبل الانابة (٢) هل للوكيل أن يوكل غيره ؟ (٣) حقوق الزواج لا تلزم الوكيل (٤) أحكام تصرفات الوكيل •

١ - عقد الزواج يقبل الانابة :-

الوكالة بمعناها العام : هي اقامة الانسان غيره مقام نفسه في التصرف الجائز المعلوم • ومن الامور المقررة شرعا، أن كل من يملك حق التصرف في شيء فله أن يوكل به غيره •

وعقد الزواج من العقود التي يملكها الحر، البالغ، العاقل لنفسه بالاصالة، ولغيره بالولاية، فللاصيل والولي أن يوكلأ غيرهما في اجراء عقد الزواج، لانهما يملكان هذا الحق، فلهما أن يملكاه غيرهما •

أما ان كان الشخص مملوكا، أو صغيرا، أو مجنونا، أو معتوها فليس له أن يوكل غيره بتزويجه، لانه لا يملك تزويج نفسه، فكيف يملكه غيره ؟ وفاقد الشيء لا يعطيه •

والتوكيل يكون مشافهة، وكتابة، ولا يشترط لصحته الاشهاد عليه، ولكن يستحسن الاشهاد خشية الجحود •

٢ - هل للوكيل أن يوكل غيره ؟ :-

ليس للوكيل بالزواج أن يوكل غيره به، لان الموكل رضى رأيه لا رأي غيره • فان أذن الموكل للوكيل في أن يوكل عنه شخصا بعينه، فليس له أن يتعدها الى غيره • وان أذن له في توكيل من يشاء، أو قال له فوضت اليك أمر زواجي، فله أن يوكل من يشاء •

٢ - حقوق الزواج لا تلزم الوكيل :-

الوكيل بالزواج معبر وسفير فقط، فإذا أجرى العقد فقد انتهت مهمته ، ولا يطالب بعد ذلك بشيء من حقوق العقد كتسليم المهر ان كان وكيلا عن الزوج، أو ادخال الزوجة في طاعة الزوج ان كان وكيلا عن الزوجة، وانما يطالب الزوج بما يرجع اليه، وتطالب الزوجة بما يرجع اليها • ولكن قد يحدث أن يلتزم الوكيل بشيء من هذه الحقوق، كالترام وكيل الزوج بتسليم المهر للزوجة، فحينئذ تتوجه اليه المطالبة، بمقتضى التزامه ، لا بمقتضى وكالته «١» •

٤ - أحكام تصرفات الوكيل :-

القاعدة العامة التي تنبني عليها أحكام تصرفات الوكيل، أن كل تصرف للوكيل في حدود وكالته نافذ على الموكل ما لم يكن متهما في تصرفه، فان خالف فيما وكل به، أو كان متهما في تصرفه، كان العقد موقوفا على اجازة الموكل، لان الوكيل يعتبر حينئذ فضوليا - وبناءً على هذه القاعدة نقول : الوكالة، أما ان تكون مطلقة، واما أن تكون مقيدة، والموكل في الحالتين اما أن يكون الرجل، واما أن يكون المرأة، فان كان الموكل الرجل، وكانت الوكالة مطلقة، دون تحديد لمهر، أو تعيين لامرأة بذاتها، أو لصفة بعينها، كأن قال له زوجني، أو زوجني امرأة، أو زوجني من شئت، فزوجه امرأة، بزيادة فاحشة عن مهر مثلها، أو زوجه امرأة بها عيب - أي عيب كان - صح الزواج، ولزم الموكل عند أبي حنيفة والجعفرية، لان التوكيل مطلق، فيبقى على اطلاقه، لا يخرج عنه الا ما كان خارجا بحكم الشرع كالمحارم، لان خلو المرأة من الموانع الشرعية، قيد ملحوظ للموكل، وان لم يصرح به • وكذا يخرج عن التوكيل المطلق كل من يكون في زواجها من الموكل تهمة تعود على الوكيل ،

(١) سبق أن وضعنا هذه المسألة وبيننا الفرق بين الزواج وغيره من العقود .

كما لو زوجه من في ولايته «١»، أو كان الوكيل امرأة فزوجت الموكل نفسها •
وفي حالة قيام التهمة يكون الزواج موقوفا على اجازة الموكل ان شاء أمضاه ،
وان شاء أبطله •

وقال أبو يوسف، ومحمد، رضى الله عنهما، لا يجوز للوكيل — رغم
الاطلاق — أن يزوج الموكل الا من امرأة سليمة تكافئه، وبمهر المثل، لان
العرف يقيد الاطلاق • والعرف يقضي أن يراعى الوكيل سلامة الزوجة ،
وكفاءتها لمن وكله، كما يقضي أن يراعى مهر المثل، فلا يزيد عليه زيادة فاحشة •
والمعروف عرفا، كالمشروط شرطا — وعلى هذا، فان خالف الوكيل العرف ،
كان الزواج موقوفا على اجازة الموكل • وهذا الرأي الاخير هو الراجح ،
وعليه العمل •

أما اذا وكل الرجل غيره بالزواج، وقيده بامرأة معينة، فزوجه غيرها ،
أو بصفة بعينها، كأن قال له زوجني بكرا ، فزوجه ثيبا، أو حدد له المهر فقال
له زوجني بمهر قدره مائة، فزوجه بمهر قدره مائتان «٢»، كان الزواج موقوفا
على اجازة الموكل باتفاق، لانه مع المخالفة يكون فضوليا في تصرفاته •

ولو قيد الموكل الوكيل بزوجة واحدة، فزوجه من اثنتين في عقد واحد ،
كان الزواج موقوفا على اجازته بالنسبة لهما معا • وان عقد له على واحدة ،
ثم على اخرى، نفذ العقد بالنسبة للاولى، وتوقف على الاجازة بالنسبة للثانية •
وأما ان كان الموكل المرأة، وكان التوكيل مطلقا عن كل قيد، فلم تعين
مهرًا، ولا زوجا، ولا وصفا، فزوجها برجل به عيب — أي عيب كان — أو

(١) ولو زوجه بواحدة من اصوله، أو فروعه غير المشمولين بولايته لا يقع
نافذا عند أبي حنيفة للتهمة، ولو مع تحقق الكفاءة، ومهر المثل • وقال أبو يوسف
ومحمد لا موضع للتهمة مع تحقق الكفاءة ومهر المثل •

(٢) لو التزم الوكيل بدفع الزيادة في المهر، كان الزواج موقوفا أيضا ، لان
ذوي المروءات لا يرضون بمئة الغير ، وخاصة في مهر الزواج •

زوجها بأقل من مهر المثل، صح الزواج وكان نافذا عند أبي حنيفة، وموقوفا على اجازتها عند الصاحبين والجعفرية •

ولكن يجب أن يخرج عن التوكيل المطلق باتفاق ما كان خارجا بحكم الشرع كالمحارم، وما كان فيه تهمة، كتزويجها من نفسه، أو ممن تحت ولايته • وقال الجعفرية لو زوجها من أبيه أو من ابنه صح ان كان المتبادر من اللفظ يعم أباه وولده، ويخرج ايضا باتفاق تزويجها من غير كفء، ان كان لها قريب عاصب، لان الكفاءة في هذه الحالة شرط في صحة العقد على المفتى به ، فكانت قيذا ملحوظا وان لم يصرح به • فان زوجها من غير كفء فسد العقد من أول الامر، ولا يتوقف على اجازة المرأة، أو وليها، لان الفاسد لا تلحقه الاجازة، وانما تلحق الاجازة الصحيح الموقوف • نعم ان لم يكن لها ولي عاصب صح الزواج موقوفا على اجازتها، لان الكفاءة ملحوظة لها على أية حال •

وأما ان كانت قد وكلته بالزواج توكيلا مقيدا، كأن ذكرت رجلا بعينه، أو وصفا بعينه، أو مهرا بعينه، فلا يجوز له المخالفة، فان خالف كان موقوفا على اجازتها • ما لم تكن المخالفة في صالح المرأة • ويلاحظ أنه لا بد من مراعاة الكفاءة، في حالة تعيين الزوج، أو تحديد المهر ان كان لها قريب عاصب ، لان له حقا في ذلك •

الفصل السابع

« في : الكفاءة بين الزوجين »

(١) معنى الكفاءة (٢) موقف التشريع الاسلامي منها (٣) الصفات المتعبرة

فيها (٤) الجانب الذي تشترط فيه (٥) الوقت الذي تشترط فيه (٦) صاحب الحق في الكفاءة •

١ - معنى الكفاءة :-

الكفاءة لغة : المساواة - وشرعا : كون الزوج مساويا للزوجة ، أو أعلى منها في امور مخصوصة •

٢ - موقف التشريع الاسلامي من الكفاءة :-

لا بد قبل الكلام عن مذاهب الفقهاء في الكفاءة أن تقدم بين يدي البحث ما ندفع به دعوى المغرضين الذين يريدون اظهار الاسلام بأنه يدعو الى الطائفية ، ويقوم على أساس من المادية والعصبية، فنقول :

أولا - التشريع الاسلامي لا يعرف نظام الطبقات، ولا يقوم على أساس من الفوارق بين من ينتمون اليه، فالناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربي على عجمي الا بالتقوى •

والتقوى هي مقياس الرجال عند الله، وما وراء ذلك فدنيا الناس، والدنيا لا تزن عند الله جناح بعوضة •

والاسلام الذي لا ينظر الى صاحب الغنى لغناه، ولا الى صاحب الجاه لما له من جاه، سوى في الحقوق والواجبات العامة، بين الغني والفقير، والعظيم والحقير، والسوقة والامير ... بل وأعطى الذمى غير المسلم ما أعطى المسلمين من حقوق، وأوجب عليه ما أوجب عليهم « لهم ما لنا وعليهم ما علينا » •

ولكن ليس معنى ذلك أن الناس لا بد أن يكونوا على درجة سواء من الغنى والجاه والعلم، فذلك معاندة لناموس الكون، وخروج على قانون الحياة • فالتفاوت بين الناس في حظوظ الدنيا أمر لا بد منه حتى يستقر الكون، وتنظم حركة العالم، والا فمن يقوم بصغائر الاعمال ان كان الناس جميعا في درجة واحدة ؟ • والله الذي خلق العالم وأبدعه، ونظم التعاون بين أفرادہ، صرح بأنه فاضل بين الناس في متع الحياة ونعيمها، فقال « والله

فضل بعضكم على بعض في الرزق» بل وصرح بأنه فاضل بين الرسل، ولا عيب ولا نقص، فقال « تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض منهم من كلم الله ورفع بعضهم درجات » وبين وهو الحكيم الخبير، أن التفاضل سنة الكون وطبيعة الحياة، فقال « نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا ورحمة ربك خير مما يجمعون » .

ثانيا - ان الكفاءة بين الزوجين ليست أمرا مجمعا عليه من فقهاء المسلمين، بل فيهم من لا يقول بها، ولا يراها شرطا في الزواج، ما دام المسلمون في نظر الاسلام سواسية، ومن هؤلاء أبو الحسن الكرخي وأبو بكر الجصاص من فقهاء الحنفية .

ويرى مالك رضى الله عنه - وهو قول للامام أحمد - أن الكفاءة لا تشترط الا في التدين والتقوى، وما سوى ذلك فهدر في نظر الاسلام ، والرسول عليه الصلاة والسلام يقول « اذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، الا تفعلوه تكن فتنه في الارض وفساد كبير » .

وهذا ابن حزم الظاهري، يذهب الى ما هو أبعد من ذلك، فيصرح « ان أهل الاسلام كلهم اخوة، لا يحرم على ابن زنجية نكاح ابنة الخليفة الهاشمي، والفاسق الذي بلغ غاية الفسق - ما لم يكن زانيا - كفء للمسلمة الفاضلة » ومن من الفقهاء اشترط الكفاءة في الزواج، وجعلها في امور وراء الاسلام والتدين، كالنسب، والمال، والحرفة . . . لم يقل ان الكفاءة حق الله فلا بد منه، وانما قال هي حق الزوجة والاولياء على سبيل التخيير، فان أسقطوا حقهم ، ورضوا بغير الكفء فلا بأس، وان تمسكوا بحقهم في الكفاءة لمصلحة يقدرونها فلا بأس .

والحق : ان من يعطي الزوجة وأولياءها الحق في التمسك بالكفاءة والمساواة في النسب، والمال، وما وراء ذلك، ينظر الى غاية سامية وهدف مرموق .

وذلك أن عقدة النكاح تتم على أساس الارتباط الدائم ، فلا بد للزوجية الصالحة من التوافق في الطبع ، والتلائم في الوضع ، والتشابه في المركز الاجتماعي ، والتقارب في المستوى الثقافي ، حتى نضمن للزوجين حياة مستقرة هادئة، ملؤها الود والاخلاص ، وقوامها الاحترام والتقدير .

أما ان كان الزوج دون الزوجة حالا ، وأقل مالا، وأحط نسباً، وأدنى ثقافة وعلماً ، فهيات أن يكون هناك وئام وانسجام ، وهيات أن يمضى يوم بدون شقاق وخصام، وهيات أن يرفع الرجل أمام المرأة رأساً، أو يظهر — وهو القوام عليها — حمية وبأساً، وبذلك تسوء الحال، ويكون أمر الزوجية حتما الى زوال !! ..

٣ — الصفات المعتبرة في الكفاءة :-

ذهب الحنفية الى أن الكفاءة معتبرة فيما يلي :

(١) النسب — وهو معتبر في الكفاءة بالنسبة للعرب دون غيرهم «١» ، لان العرب يتفاخرون بأنسابهم، ولها عندهم أهمية تفوق كل ما سواها من مفاخر . والعرب بعضهم أكفاء بعض ، وقريش كفاء لكل العرب، وليس غير القرشي كفاء لقرشية . والمقرر في المذهب الحنفي ما ذهب اليه أبو يوسف من أن العالم (بشرط عمله بعلمه) ولو أعجميا كفاء للقرشية وغيرها من العرب ، لان شرف العلم فوق كل نسب .

(٢) الاسلام — والمراد السبق اليه، والاقدمية فيه، وهو خاص بغير العرب، لانهم يتفاخرون فيما بينهم بأسبقيتهم الى الاسلام — وينبني على هذا أن غير العربي الذي أسلم حديثا ليس كفاء لمن لها أبوان في الاسلام . ومن له أبوان في الاسلام كفاء لمن لها آباء في الاسلام، لان تمام تعريف الانسان بأبيه

(١) ما ذهب اليه الحنفية من أن النسب معتبر في العرب وحدهم ، يخالف واقع الحال ، لان غير العرب يفخرون بأنسابهم أيضاً، لذا كان قول الشافعي بأن الكفاءة في النسب معتبرة في غير العرب كالعرب أولى بالاختيار .

وجده • وما وراء ذلك لا يلتفت اليه - وقال أبو يوسف : من له أب واحد في الاسلام كء لمن لها آباء في الاسلام، لان تعريف الانسان يكفي فيه الاب وحده •

(٣) الحرية - وهي ايضا معتبرة في غير العرب، فالعبد ليس كءا للحرية، والحر ابن العبد ليس كءا للحرية بنت الحر • ومن له أب حر ليس كءا لمن لها أبوان حران، ومن له أبوان حران كء لمن لها آباء أحرار • وقال أبو يوسف من له أب حر كء لمن لها آباء احرار •

(٤) الديانة - والمراد بها التقوى والصلاح، وهي معتبرة في الكفاءة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، فالفاسق ليس كءا لصالحة عرفت وعرف أهلها بالتدين والاستقامة • وقال محمد : الفاسق كء للصالحة من بيت صالح، لان الفسق والصلاح من امور الآخرة فلا تبني عليه أحكام الدنيا واستثنى من هذا من يجاهر بفسقه حتى صار سخرية الناس «١» •

(٥) المال - والمراد من الكفاءة فيه على الراجح من مذهب الحنفية هو قدرة الزوج على معجل المهر، وقدرته على نفقة شهر ان كان من غير أصحاب المكاسب، أو نفقة يوم بيوم ان كانت له حرفة يتكسب منها • فمن هذه حالة كء لذات اليسار والمال الكثير •

وقيل يكفي في الكفاءة قدرته على النفقة فقط، أما المهر فقد يتساهل فيه، وقد يتحمله عنه أبوه، أو قريب آخر •

وقيل لا بد في الكفاءة من تساوي الرجل والمرأة، أو تقاربهما في الغنى واليسار، ولا يلتفت لهذا القول، لان المال غادرٍ ورائح •

(٦) الحرفة - يرى أبو حنيفة أنها لا تعتبر أصلا، لانها ليست بلازمة، فيمكن التحول من حرفة دنيئة الى اخرى شريفة • واعتبرها أبو يوسف

(١) اختلفت الكتب في نسبة الاقوال في هذه المسألة الى أئمة المذهب، وقد اخترنا ما ذكره وصححه صاحب الهداية، انظر ج ٢ ص ٤٢٢ - ٤٢٣ من فتح القدير على الهداية •

(في المشهور عنه) ومحمد بن الحسن • وعليه فصاحب الحرفة الدنيئة ليس كقضا لبنت صاحب الحرفة الشريفة • والعرف محكم في ذلك •
والكفاءة عند الشافعية معتبرة فيما يلي :

(١) التدين (٢) النسب (٣) الحرية (٤) الحرفة (٥) الخلو من العيوب
— وزاد بعضهم اليسار ، وبعضهم السن •
وعند المالكية الكفاءة في التدين فقط ، وكذلك الحنابلة في رواية ، وفي رواية زيادة الحرفة •

وذهب الجعفرية الى أن الكفاءة معتبرة في شيئين — احدهما : الايمان ، والآخر امكان القيام بالنفقة ، وعلى هذا يجوز للعجى أن يتزوج بعربية ، وبقرشية هاشمية ، اذا كان من أهل الدين وعنده اليسار ، ويجوز للفاسق أن يتزوج بالعفيفة ، وتركه أفضل ، ويجوز لصاحب الحرفة الدنيئة التزوج من أهل الحرف الشريفة لتحقيق الكفاءة في كل ذلك (١) •

٤ — الجانب الذي تشترط فيه الكفاءة :-

الاصل في الكفاءة أن تشترط في جانب الزوج ، أما الزوجة فلا يلتفت الى جانبها من ناحية كفاءتها للزوج وعدم كفاءتها ، فللشريف أن يتزوج الخسيسة ، وللغنى أن يتزوج الفقيرة ... وهكذا لان النصوص الواردة في اشتراط الكفاءة تتجه كلها الى جانب الرجل وحده (١) •

وانما كانت الكفاءة معتبرة في جانب الرجل دون المرأة لامور :

(١) انظر مسائل الخلاف للطوسي ج٢ ص ٦١،٦٠ فقد حصر الكفاءة في الايمان والقدرة على النفقة ، ويظهر انه يعتبر الحرية أيضا حيث يقول بعد الحصر المتقدم (يجوز العبد أن يتزوج بحرة وليس بكفء لها ، وانظر الاحكام الجعفرية للشيخ عبد الكريم الحلبي ص ١٦ حيث صرح بأن الكفاءة معتبرة في النسب ، والاسلام ، والمال ، والحرفة . ولكن اقتصرنا على ما ذكره شيخ الطائفة أبو جعفر الطوسي فهو حجة في المذهب الجعفري .

(٢) كحديث (ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ، ولا يزوجن الا من الاكفاء) .

أولاً — لان الرجل قوام على المرأة ، وهو صاحب السلطة الشرعية عليها ، فلا بد من مساواته لها على الأقل حتى تتقبل بيسر وسهولة توجيهه وتكليفه . أما ان كان دونها منزلة فقد تطمع فيه ، وتستهن بأوامره ، وتستخف برأيه ، لان الغالب أن الاعلى لا يقبل توجيهها من الادنى ويستنكف أن ينقاد لأوامره .

ثانياً — يتقبل عرف الناس زواج الاعلى من امرأة دونه ، لان صاحب المكانة يرفع زوجته الى مكانته ، فلا يعير بها ، ولا تلحقه خسيصة بسببها . أما الزوجة ذات المكانة فهيها أن ترفع خسيصة زوجها ، فهو على حاله ، وعار الاقتران به لاحق الزوجة وأهلها لا محالة .

ثالثاً — الرجل يملك طلاق زوجته ، فان تحقق ضرراً بسبب عدم كفاءتها له تخلص منها بالطلاق . أما المرأة فلا تملك طلاقاً فان تحققت ضرراً بسبب عدم كفاءته لها فكيف لها الخلاص ؟

هذا . وتعتبر الكفاءة من جانب الزوجة — استثناء من الاصل العام — في حالتين :

الاولى : اذا كان الزوج فاقد الاهلية أو ناقصاً وزوجه غير الاب والجد والابن ، أو زوجه واحد من هؤلاء وهو لا يحسن التصرف والاختيار ، فانه يشترط لصحة الزواج أن تكون الزوجة كفأً لزوجها مراعاة لصالحه لان الولي لا يملك من التصرف الا ما فيه صالح المولى عليه .

الثانية — اذا وكل الرجل من يزوجه وأطلق الوكالة فلا بد (على المفتى به) من مراعاة كفاءة الزوجة لموكله حتى ينفذ العقد لان الكفاءة — كما تقدم — شرط ملحوظ في الوكالة عند اطلاقها .

هـ — الوقت الذي تشترط فيه الكفاءة :-

يشترط تحقق الكفاءة وقت انشاء العقد فقط ، وبعد ذلك لا يشترط بقاءها ، فان تغير حال الزوج من غنى الى فقر ، أو من صلاح الى فساد ، أو

من حرفة محترمة الى أخرى دونها ، فليس للزوجة ولا لاوليائها طلب الفسخ ، لان الحال لا يدوم ، والصبر على تقلبات الايام وحكم القدر ، أليق بسجية الوفاء ، ولو كان تبدل الحال مبررا لفسخ الرابطة الزوجية لكان في ذلك تعريض كيان كثير من الاسر الى التفكك والتفرق بعد اجتماع الشمل .

٦ - من صاحب الحق في الكفاءة ؟ .

ليس لله حق في الكفاءة كما بينا ، وانما هي حق الزوجة وحدها عند الجعفرية . وحق الزوجة والاولياء من العصبه عند غيرهم لما يلحقهم من عار الزواج وفخاره .

وقد يحدث أن يكون للمرأة ولي واحد فحينئذ يكون الحق لها ولوليها فان أسقطت حقها ورضيت بغير الكفء بقى حق الولي وكان له طلب الفسخ من القاضي لعدم الكفاءة . وان أسقط الولي حقه بقى حق المرأة وكان لها طلب الفسخ أيضا . وان أسقطاه معا صراحة أو ضمنا كأن قصرا في السؤال عن الزوج وبعد العقد اتضح عدم كفاءته ، فلا حق لهما بعد ذلك في طلب الفسخ .

وان كان للزوجة أولياء متساون ، فالحق لها ولهم على سواء ، فان أسقطت حقها بقي حقهم ، ولكل منهم طلب الفسخ . وان أسقطوا حقهم بقي حقها ، وكان لها طلب الفسخ أيضا .

ولكن قد يحدث عند تعدد الاولياء واستوائهم أن يسقط أحدهم حقه ، فهل يسري ذلك على الباقيين ؟

قال أبو يوسف لا يسري عليهم لان الكفاءة حق مشترك يثبت لكل واحد منهم على الكمال ، وقاس هذا على الدين يكون لجماعة على رجل فاسقاط أحد الدائنين حقه في الدين لا يسقط حق الباقيين باتفاق فكذا هذا .

وذهب أبو حنيفة ومحمد الى أن اسقاط أحد الاولياء حقه يسري على الباقيين فلا يكون لاحدهم حق الاعتراض ، لان حق الكفاءة لا يقبل التجزئة ،

فصار كحق أولياء الدم في القصاص يثبت لهم جميعا ، ويسقط بعفو واحد منهم • أما القياس على الدين فقياس مع الفارق لان الدين يقبل التجزئة • والذي نرجحه هو مذهب أبي حنيفة ومحمد ، لوضوح الدليل ، ولان تعدد الآراء بتعدد الاولياء ، واختلافها ما بين رفض وقبول يفسد على المرأة أمر زواجها ، اذ قلما تجتمع الارادات على غرض واحد • هذا • وقد عرفت - من قبل - أنه بعد ولادة المرأة ، أو ظهور الحمل عليها ، لا يلتفت الى اعتراض معترض ما ، محافظة على الولد وبقاء عليه • وعرفت أيضا أن من غرر بامرأة أو بأوليائها فادعى كفاءة فتم العقد بناء على دعواه ، ثم ظهر كذبه ، كان لها ولهم حق الفسخ لانهم ما قبلوه زواجا الا على فرض صدقه فيما ادعى من كفاءة •

الفصل الثامن

« في : زواج المسلمين من غير المسلمين »

(١) زواج المسلم من الكتائية (٢) زواج المسلم ممن لا تدين بدين سماوي (٣) زواج المسلمة من غير المسلم (٤) حكمة الحل والحرمة (٥) اجراءات العقد على الكتائية •

١ - زواج المسلم من الكتائية : -

يجوز للمسلم أن يتزوج من الكتائية ، ومرادنا بالكتائية كل من تؤمن بنبي • ولها دين سماوي ، من غير المسلمين كاليهودية والمسيحية • ويستوي في الحل الحرية ، والمستأمنة ، والذمية (١) الا أنه يكره الزواج من الحرية

(١) الحرية المقيمة في دار الحرب ، والمستأمنة من دخلت دار الاسلام بأمان ، والذمية المقيمة في دار الاسلام تدفع الجزية •

لما قد يترتب على ذلك من شدة التعلق بها فينتقل معها الى دار الحرب •
والدليل على جواز نكاح الكتابيات ، قوله تعالى « اليوم أحل لكم
الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصات
من المؤمنات والمحصات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن
أجورهن ... » « ١ » •

وذهب الجعفرية الى أنه لا يجوز نكح الكتابية الا نكاح متعة • وبعض
أصحاب الحديث من الجعفرية أجازوا نكاح الدوام من الكتابيات •
وحجة المانعين قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » وهو
يتناول اليهود والنصارى في رأيهم ، وقوله « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » •
قالوا والآية التي أباحت نكاح الكتابيات منسوخة بما تقدم ، أو محمولة
على نكاح المتعة « ٢ » •

هذا ولا فرق بين زواج المسلم من المسلمة ، وزواجه من الكتابية ، الا
في مسألتين :

الاولى : أنه يشترط الاسلام في شهود العقد عند زواج المسلم من
المسلمة ، أما عند زواجه من الكتابية فيجوز شهادة كتابيين ولو كانا على
غير دين الزوجة ، كأن يكونا يهوديين وهي مسيحية • وذلك على المشهور من
مذهب الحنفية •

أما في الشهادة لاثبات الزوجية عند القاضى فلا تقبل شهادة أهل دينها
لها وتقبل عليها •

الثانية : أن التوارث يكون بين الزوجين المسلمين ، ولا توارث بين

(١) الاولى عدم الزواج من الكتابيات الا لمصلحة، لانه يخشى على اولادها
ان يقلدوها ويتأثروا بها في عقيدتهم، وكان عمر بن الخطاب رضى الله عنه ينهى
عن الزواج من الكتابيات •

(٢) مسائل الخلاف ج ٢ ص ٦٧ • وانظر الاستبصار ج ٣ ص ١٧٨ وما
بعدها •

المسلم والكتائية ، لان اختلاف الدين من موانع الارث «١» .
وينبغي ملاحظة ما يأتي :

(١) للرجل أن يتزوج كتائية على مسلمة ، ومسلمة على كتائية ، وهما في المعاشرة والقسم سواء . ومن يرى من الجعفرية حل زواج المسلم من الكتائية يقول بجواز نكاح المسلمة على الكتائية ، وبكراهة نكاح الكتائية على المسلمة ، ويقول أن الكتائية على النصف من المسلمة في القسم .

(٢) الاولاد بين زوج مسلم وزوجة كتائية مسلمون تبعاً لآبائهم ، لان الولد يتبع خير الآبوين ديناً .

(٣) يكون التوارث بين الآب والاولاد لاتحاد الدين ، ولا توارث بين الاولاد وأمههم لاختلاف الدين .

(٤) للزوجة الكتائية أن توصى لزوجها المسلم ولاولادها منه ، وللزوج والاولاد أن يوصوا لها ، حيث لا ميراث ينسحب الوصية .

(٥) اذا انتقلت الزوجة الكتائية الى دين سماوي آخر لا يغير ذلك عقد الزواج لان ما جاز ابتداءً جاز بقاءً ، فحيث لا مانع من العقد عليها ابتداءً بالنظر الى دينها الجديد ، فكذلك لا مانع من بقاء العقد بعد ما تحولت اليه .
(٦) اذا انتقلت الزوجة الكتائية الى دين غير سماوي ، فسخت الزوجة ، لان ما لا يصح ابتداءً لا يصح بقاءً .

ومذهب الجعفرية (القائلين بحل نكاح الكتائيات) ان من انتقلت من دينها السماوي الى دين سماوي آخر ، أو الى غير دين فسد نكاحها في الحال ان كان قبل الدخول بها . وبعد الدخول يفسد فساداً موقوفاً على مضي مدة العدة ، فان أسلمت أو رجعت الى دينها الاول قبل مضي مدة العدة عاد العقد صحيحاً . وان أصرت على ما تحولت اليه حتى انتهت مدة العدة

(١) من أباح من الجعفرية نكاح الكتائيات يقول أن الزوج المسلم يرث زوجته الكتائية ولا عكس .

فسخ العقد (١) •

٢ - زواج المسلم ممن لا تدين بدين سماوي : -

لا يجوز لمسلم أن يتزوج بمن لا تقر بنبي ، ولا تؤمن بكتاب منزل ، كالشركة ، والوثنية ، والبوذية ، والمجوسية التي تعبد النار ، والصابئة التي تعبد النجوم (٢) •

ودليل تحريم نكاح هؤلاء ، قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولامة مؤمنة خير من مشركة ولو اعجبتكم » وقوله « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » وقوله عليه الصلاة والسلام في شأن المجوس « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » • ويلحق بمن ذكرن المرتدة عن الاسلام ولو الى دين سماوي لان المرتدة لا دين لها وتجسس الى أن تتوب أو تموت •

٣ - زواج المسلمة ممن غير المسلم : -

لا يجوز بحال جواز مسلمة من غير مسلم ، كتابيا كان أو غير كتابي • ودليل ذلك قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم » وقوله « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » ، وقد ورد عن السلف أنهم كانوا يفرقون بين الرجل الكتابي وزوجته ان أسلمت دونه ، ومثل هذا لا يكون من قبل الرأي • على ان الاجماع منعقد على عدم جواز نكاح المسلمة من غير المسلم مطلقا ، والاجماع حجة قاطعة •

٤ - حكمة الحل والحرمة : -

أباح الشارع الزواج من الكتابيات لان الكتابية تعترف بالله ، وتقر

(١) انظر مسائل الخلاف ج٢ ص ٦٩ ، والاحكام الجعفرية ص ٣٢ •

(٢) يرى ابو حنيفة حل نكاح الصابئة على ما يراه من أنهم أهل كتاب لا يعبدون النجوم وانما يعظمونها كتعظيم المسلمين للعبة •

بنبي ، وتؤمن بكتاب منزل ، فهي لهذا قريبة من المسلم في أصل العقيدة .
والزوج المسلم بالنسبة للكتائية يحترم دينها ، ولا يتعرض لها في
عقيدتها ، لانه بمقتضى دينه مأمور بذلك ، فقد أمرنا أن نترك أهل الكتاب
وما يدينون ، وفوق ذلك فهو يؤمن بنبيها ويصدق بكتابها ، وما دام الامر
كذلك فلا خوف من سلطان الزوج على الزوجة ، ولا خوف على الزوجة من
خلاف ينشأ عن اختلاف الدين .

أما الزوجة التي لا تعترف بالله ، ولا تؤمن بنبي ، ولا تتبع شريعة
سماوية ، فهذه بينها وبين المسلم في العقيدة بون شاسع ، ومدى بعيد ،
فمحال أن يلتقيا عند رأي ، أو يتفقا على أصل . والمسلم يسفه عقيدتها
وهي تسفه عقيدته ، والمسلم يراها على ضلال ، وهي تراه على ضلال كذلك ،
والمسلم اما أن يخلص لعقيدته فيكون حربا عليها وعلى دينها ، واما أن يقع
تحت اغراء الزوجة ، وسلطان حبه لها فيتهاون في عقيدته ، ويتسامح في
دينه ، وفي الاولى لا يمكن أن تقوم زوجية صحيحة فيها المودة والسكن .
وفي الثانية يكون الخطر على عقيدة الزوج نتيجة التسامح والتهاون !! .
وقد صرح القرآن الكريم بعله تحريم الزواج بين المسلمين والمشركين فقال
« أولئك يدعون الى النار والله يدعو الى الجنة والمغفرة باذنه » .

وأما تحريم زواج غير المسلم بالمسلمة ، فلان غير المسلم — كتايا كان
أو غير كتابي — لا يعترف بالاسلام ، ولا بنبي الاسلام . والنتيجة أنه قد
ينال من عقيدتها ، ويستخف بدينها ، ويسخر من نبيها ، وهي ترى نفسها
خيرا منه دينا ، وأقوم عقيدة ، وبعيد أن تصبر على ذل ، أو تقيم على ضيم ،
وسوف تغضب لدينها ، وتثور لعقيدتها ، وحينئذ تسوء الزوجية ، وتفسد
العلاقة .

والزوج له السلطان على زوجته شرعا وعرفا ، وقد يحاول بما له من
سلطان أن يحولها عن دينها ، وقد تستجيب له خوفا على الزوجية أن تزول ،

فنكون باباحة زواجها من رجل لا يعترف بدينها قد عرضناها للزيع والضلال !! ••

٥ - اجراءات العقد على الكتابية :-

لا يفترق العقد على الكتابية عن العقد على المسلمة في أية ناحية ، فكل شروط العقد التي ذكرناها سابقا لا بد من توفرها في عقود الزواج من الكتابيات • وما يمنع صحة العقد ، أو نفاذه ، أو لزومه بالنسبة للمسلمة ، يمنع صحة العقد أو نفاذه أو لزومه بالنسبة للكتابية • وحقوق الزوجية ، وواجباتها وآثارها بالنسبة للمسلمة والكتابية سواء ، الا ما استثنيناه فيما تقدم •

غير أنه دفعا للتغيير بالكتابية ، وحرصا على مصلحتها ومستقبلها ، لم يبيح القانون في مصر للمأذونين باجراء عقود الزواج أن يباشروا زواج المسلمين من الكتابيات ، وانما كان القاضى الشرعى هو الذي يياشر هذه العقود بنفسه بعد تحريرات ، واجراءات ، وتوضيحات ، حتى تكون الكتابية على بينة من أمر الزواج من المسلم وما يترتب على ذلك من حقوق وواجبات ، مخافة أن تكون جاهلة بحقوق الزوجية وواجباتها عند المسلمين فأقدمت على الزواج وهي تحسب الامر على ما فى دينها •

وبعد ما يقوم به القاضى من توضيح ، ويتم تراضى الزوجين وقبولهما للزواج على أساس النظام الاسلامي ، يجري القاضى العقد ثم يدونه فى وثيقة مكتوبة باللغة العربية والانجليزية والفرنسية وفى هذه الوثيقة بيان لحقوق الزوج والزوجة • والاولاد منهما •

وبعد الغاء المحاكم الشرعية فى مصر استمر منع المأذونين من مباشرة عقود الزواج من الكتابيات • وصدر قرار من وزير العدل بشأن لائحة المأذونين فى يناير سنة ١٩٥٥ • نصت المادة ١٩ من اللائحة على أنه (لا يجوز للمأذون أن يوثق عقد الزواج اذا كان أحد الطرفين غير مسلم أو أجنبي

الجنسية) • وأصبح اجراء هذه العقود وتسجيلها من اختصاص مكاتب التوثيق التابعة لوزارة العدل •

وفي العراق ، يجري العقد على مقتضيات الشريعة الاسلامية ، وللزوجين حق تسجيله دون شيء من هذه الاجراءات التي يجري عليها العمل في مصر •

الفصل التاسع

« زواج غير المسلمين »

يقر الاسلام زواج غير المسلمين بعضهم ببعض ، سواء أكان دين الزوجين واحدا أم مختلفا •

وعلى هذا فليس لنا أن نتدخل فيما يكون بينهم من عقود الزواج التي جرت على وفق دينهم ولو وقعت في نظر الاسلام باطلة أو فاسدة ، لانا أمرنا أن نتركهم وما يدينون •

ولكن هناك حالات تخول لنا حق التدخل في عقود زواجهم ، ورفع ما فيها من مخالفات ، واخضاعها لقوانين الزواج في الشريعة الاسلامية • وهذه الحالات هي :

أولا — اذا كان عقد الزواج مخالفا للنظام العام للشرائع السماوية ، بحيث لا تقره شريعة ما ، كأن يتزوج غير المسلم من امرأة في عصمة زوج آخر •

ثانيا — اذا كان في زواج غير المسلم عدوان على حق مسلم ، كأن يتزوج من كناية كانت متزوجة من مسلم فطلقها أو مات عنها وهي لا تزال في عدتها منه •

ففي هاتين المسألتين يجب على كل من يعلم حال الزوجين أن يرفع

أمرهما الى القاضى حسبة ، وعلى القاضى متى علم بحالهما أن يفرق بينهما
فى الحال •

ثالثا — اذا ترافع غير المسلمين الى القاضى المسلم فى أصل عقد الزواج ،
أو فى حق من حقوقه كالنفقة ، على القاضى أن يتدخل للقضاء بينهم • وفى
هذه المسألة خلاف بين فقهاء الحنفية ، حاصله :

أ — يشترط أبو حنيفة للنظر فى الخصومة أن يترافع الزوجان جميعا •
وقال أصحابه يكفي أن يترافع أحدهما دون صاحبه (١) •

ب — اذا ترافعا فى أصل الزوجية ، أو فى حق من حقوقها وكان العقد
موافقا للشريعة الاسلامية ، حكم بصحته (٢) ، وبالتالي حكم بما اختلف فيه
من حقوق الزوجية ، بما تقضى به الشريعة الاسلامية •

وان كان مخالفا للنظام العام للشرائع السماوية ، أو فيه عدوان على حق
مسلم حكم بطلانه ، وفسخ فى الحال ، ولو لم يترافعا إلينا ، كما تقدم •

ج — اذا ترافعا فى أصل الزوجية ، أو فى حق من حقوقها وكان العقد
باطلا لعدم المحلية الاصلية كالزواج من المحارم ، أو كان فاسدا باتفاق بين
المسلمين كالزواج من كتائية قبل انقضاء عدتها من فراق زوج غير مسلم ، أو
كان فاسدا عند فريق من فقهاء المسلمين وصحيحا عند فريق آخر كالزواج
من غير شهود ، حكم بطلان العقد ، أو فساد ، عند زفر •

وقال أبو يوسف ومحمد : ان كان العقد باطلا فى نظر المسلمين ، حكم
بطلانه • وان كان فاسدا فى نظر المسلمين فسادا متفقا عليه ، حكم بفساده •

(١) وجهة نظر أبي حنيفة، أن من لم يترافع لم يلتزم حكم الاسلام، فمراعاة
لحقه، وحفظا لحريته الدينية لا ينظر فى الخصومة • ووجهة نظر أصحابه أن من
ترافع منهما التزم حكم الاسلام، كمن أسلم، فينظر فى أمر الزوجية ويفرق بينهما
اذا كان الزواج لا يصح فى الاسلام •

(٢) نقل عن مالك الحكم بفساد العقد ولو كان موافقا للشريعة الاسلامية •
وخالفه فى ذلك بعض أصحابه •

وان كان فاسدا عند فريق من فقهاء المسلمين دون فريق ، حكم بصحته ،
وبالتالي يحكم فيما اختلف فيه من حقوق الزوجية بما تقضى به الشريعة
الاسلامية .

وقال أبو حنيفة : ان كان العقد فاسدا عند فريق من فقهاء المسلمين دون
فريق ، أو كان فاسدا عندهم جميعا لتخلف شرط متفق عليه في ابتداء العقد
لا في بقاءه ، كاتتهاء العدة من فراق زوج غير مسلم ، حكم بصحة العقد ،
وبالتالي يحكم فيما اختلف فيه من حقوق الزوجية بمقتضى الشريعة
الاسلامية .

وان كان العقد باطلا لعدم المحلية الاصلية ، أو فاسدا باتفاق لتخلف
شرط لا بد منه في ابتداء العقد وبقائه ، كما لو تزوج بخمس نسوة في عقد
واحد ، حكم بطلان العقد أو فساد ، ان كان الترافع في أصل الزوجية (١) .
وان كان الترافع في حق من حقوقها ، اعتبر العقد صحيحا ، وحكم في الحق
المختلف فيه بما تقضى به الشريعة الاسلامية .

رابعا - اذا أسلم الزوجان أو أحدهما طبقنا عليهم حكم الشريعة
الاسلامية فيما يختص بأصل الزوجية والحقوق المترتبة عليها ، مع مراعاة
الخلافا السابق بين فقهاء الحنفية في الحكم بصحة العقد وعدم صحته (٢) .
وهنا نبين حكم الشريعة فيما لو أسلم الزوجان ، أو اسلم أحدهما
دون صاحبه وكان النكاح صحيحا في نظر الاسلام فنقول :

أ - اذا أسلم الزوجان معا ، أو على التعاقب بقيت زوجيتهما ، وأقرا
عليهما .

ب - اذا أسلمت الزوجة وحدها . فان كان الزوج بالغاً عاقلاً ، أو
صغيراً مميزاً ، أو معتوها مميزاً ، عرض عليه الاسلام ، مشركاً كان أو كتابياً ،

(١) اختلف النقل عن أبي حنيفة وقد اخترنا ما ترجح في نظرنا .

(٢) راجع بدائع الصنائع ج٢ ص ٣١٠ - ٣١٢ . وفتح القدير

ج٢ ص ٥٠٢ - ٥٠٤ .

فان أسلم بقيت الزوجية وأقرا عليها ، والا فرق القاضى بينهما ، واعتبرت
الفرقة طلاقا بائنا ، على المعتمد من مذهب الحنفية •

وان كان الزوج صغيرا غير مميز ، ينتظر الى أن يصبح مميزا يعقل
الاديان ، وحينئذ يعرض عليه الاسلام ، فان أسلم فيها ، والا فرق القاضى
بينهما ، واعتبرت الفرقة طلاقا بائنا •

وان كان الزوج مجنونا لا تنتظر افاقته ليعرض عليه الاسلام ، لان
الافاقة أمر مجهول ، لا ندرى متى يكون ، وقد تطول المدة فتتضرر الزوجة
بالانتظار ، بخلاف الصبي غير المميز ، لان وقت التمييز معلوم • وعلى هذا
يعرض — لا على سبيل الوجوب — الاسلام على أبويه أو أحدهما ، فان
أسلما أو اسلم أحدهما حكم باسلامه تبعا لمن أسلم من أبويه «^١» وبقيت
الزوجية • وان لم يسلم أحد أبويه ، أو كان فاقد الابوين لا يعرض الاسلام
على أحد من أقربائه ولو كان الجد أو الجدة ، لان الولد لا يتبع في الاسلام
غير أبويه ، وفي هذه الحالة يقيم القاضى وصيا على الزوج ثم يحكم عليه
بالفرقة ، وتعتبر طلاقا بائنا •

ج — اذا أسلم الزوج وحده فاما أن تكون الزوجة كناية ، واما أن
تكون مشركة ، فان كانت كناية بقيت الزوجية وأقرا عليها •

وان كانت مشركة وكانت بالغة عاقلة ، أو صغيرة مميزة ، أو معتوهة
مميزة عرض عليها الاسلام ، أو الدخول في دين سماوي آخر فان استجابت
بقيت الزوجية والا فرق القاضى بينهما واعتبرت الفرقة فسخا •

وان كانت صغيرة غير مميزة، أو مجنونة، فحكمها حكم الصغير غير
المميز أو المجنون الا أن الفرقة تعتبر فسخا ما دامت بسبب يرجع اليها «^١»

(١) تبعية الولد لاحد أبويه في الاسلام تستمر الى أن يبلغ عاقلا وبعد ذلك
تنقطع التبعية •

(٢) جرينا على المعتمد من مذهب الحنفية وهو أن كل اباء من قبل الزوج
يعتبر طلاقا، وكل اباء من قبل الزوجة يعتبر فسخا •

أما الجعفرية فمذهبهم في كل ما تقدم عين مذهب الحنفية الا أنهم خالفوا في امور هي :

(١) اذا وجد سبب الفرقة قبل الدخول وجب التفرق في الحال • وان وجد بعد الدخول ينتظر الى مضي مدة العدة، فان زال سبب الفرقة قبل انتهائها بقيت الزوجية • وان بقى السبب الى نهايتها وجبت الفرقة •

(٢) تعتبر الفرقة فسخا، سواء أكانت بسبب من الزوج أم بسبب من الزوجة •

(٣) تقع الفرقة من تلقاء نفسها، وليست متوقفة على قضاء القاضي •

(٤) ان كان الصغير أو المجنون فاقد الابوين وله جد يتولى تربيته ويقوم على شئونه، فالأشبه أنه يكون تابعا له في الدين، وحينئذ يعرض الاسلام على الجد كما يعرض على الابوين •

هذا • وينبغي ملاحظة ما يأتي : —

أولا — لو أسلم أحد الزوجين دون صاحبه ثبت له كل حقوق الزوجية التي تكون للمسلم، وألزم غير المسلم بالوفاء بها •

ثانيا — تعتبر الزوجية قائمة قبل تفريق القاضي، فللزوجة مثلا النفقة ، ولها كل المهر لو ماتت أو مات الزوج، ولكن لا يتوارثان لاختلاف الدين •

ثالثا — لا يشترط لتحقق اسلام من أسلم بعد كفر أن يشهد على اسلامه أو يسجله وانما يقصد من ذلك حفظ الحقوق لا غير •

رابعا — يتحقق الاسلام بالنطق بالشهادتين، ولكن يشترط الا يقارن ذلك شيء مما يدل على أنه لا يزال على عقيدته الاولى، ونصوص علماء الاسلام صريحة في أن من نطق بالشهادتين وقارن ذلك امارات تكذيبه لا يعتبر مسلما ، ولا تجري عليه أحكام المسلمين •

ولكن بعض ذوي الاغراض الفاسدة يتخذون من اشهار اسلامهم حيلة للزواج أو للطلاق، وهم في سريرة أنفسهم على دينهم القديم، فيجب العمل على

وقف هذا التحايل، ويجب عدم الاعتراف باسلام كل من يتخذ الاسلام وسيلة لتحقيق غرض معين وهو لا يزال متمسكا في واقع الامر بتعاليم دينه ومظاهره !! ...

الفصل العاشر

« في : اثبات الزوجية »

١ - طرق الاثبات :-

ثبتت الزوجية بواحد من ثلاثة : (١) الاقرار (٢) البينة (٣) النكول عن اليمين فان ادعى رجل الزواج على امرأة، أو ادعت امرأة الزواج على رجل ، فاما أن يقر المدعى عليه بالزوجية وحينئذ تثبت بتصادق المدعى والمدعى عليه . واما أن ينكر، وحينئذ يطلب من المدعى اقامة البينة على دعواه، فان أقامها ثبتت الزوجية، وان عجز عن اقامتها يطلب من المدعى عليه وهو المنكر، أن يحلف على عدم صحة الدعوى، فان حلف رفضت دعوى الزوجية، وان نكل عن اليمين ثبتت الزوجية بنكوله - واليك التفصيل :

أولا - الاقرار : اذا ادعى رجل «١» على امرأة أنها زوجته فقد أقر بذلك على نفسه، وحينئذ فلا بد لثبوت الزوجية من تصديق المرأة له واقرارها على نفسها بالزوجية منه . وهذا التصادق من الطرفين يعتبر تقريرا للواقع واثباتا لزوجية وقعت من قبل، ولا يعتبر انشاء للعقد، والا لكان محتاجا الى الاشهاد عليه، ولم يقل به أحد .

والاقرار لا تثبت به الزوجية الا اذا توافرت فيه الشروط الآتية :

(١) نكتفي بتصوير الدعوى من جانب الرجل، حيث لا يخفى أن المرأة والرجل في ذلك سواء .

(١) أن يكون المقر بالغاً عاقلاً، فإقرار الصبي غير المميز، وإقرار المجنون غير صحيح • وإقرار الصبي المميز، والمعتوه غير نافذ •

(٢) ألا يوجد مانع شرعي من قيام الزوجية، كأن يكون المدعي متزوجاً من أخت المدعى عليها، أو يكون متزوجاً من أربعة سواها، أو تكون المدعى عليها في عصمة رجل آخر •

(٣) أن تصدق المرأة الرجل في دعواه، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره، فلا بد من تصديق المرأة له •

هذا — ويستوى في صحة الإقرار ونفاذه كونه في حالة الصحة أو في حالة المرض، غير أنه — في رأي أبي حنيفة والجعفرية — إن كان المقر هو الرجل ثبتت الزوجية بتصديق المرأة له في حياته، أو بعد وفاته ما دامت في العدة، واستحقت ميراثها، في تركته، لأن آثار الزوجية باقية بعد الموت، ولذا جاز لها أن تغسله بعد موته •

وإن كان المقر هو المرأة ثبتت الزوجية بتصديق الرجل لها في حياتها • وبعد موتها لا يصح تصديقه، لأن الزوجية زالت وزالت آثارها، ولذا كان له أن يتزوج من اختها اثر موتها •

ويرى أبو يوسف ومحمد أنه يصح تصديق الرجل بعد موت المرأة، وتصديق المرأة بعد موت الرجل •

ثم إنه قد يحدث أن يقر بالزوجية ولي الصغير أو الصغيرة أو من في حكمهما فهل يقبل هذا الإقرار أو لا ؟ •

ذهب أبو يوسف ومحمد والجعفرية إلى أنه يقبل الإقرار وينفذ عليهما، لأنه إقرار بفعل نفسه • واختلف النقل عن أبي حنيفة، فقيل أنه لا يقبل إقرار الولي مطلقاً، لا أثناء الولاية ولا بعدها، وقيل يقبل أثناء الولاية لا بعدها •

ثانياً — البينة : إذا دعى رجل الزواج على امرأة وأنكرت، كان على الرجل أن يقيم البينة أمام القاضي لتشهد على صحة دعواه بشرط أن تكون

البينة رجلين أو رجلا وامرأتين، وبشرط أن تتوفر فيهم شروط قبول الشهادة .
فإن أقام البينة قضى بالزوجية بناء على هذه الشهادة .

ثالثا — النكول عن اليمين : اذا عجز الرجل عن اقامة البينة وجهت اليمين الى المرأة فان حلفت رفضت دعوى الزوجية . وان نكلت عن اليمين قضى عليها بزوجيتها من المدعى (١) على المفتى به من مذهب الحنفية .
وقال الجعفرية والشافعية : اذا نكل المنكر عن اليمين ردت على المدعى ، فان حلف قضى له ، وان نكل ردت دعواه .

٢ — تسجيل العقد : —

عقود الزواج من الناحية الشرعية ليست في حاجة الى تسجيلها ، ولا تتوقف صحتها شرعا ولا قانونا على ذلك مطلقا . ولكن نظرا لكثرة دعاوي الزواج الكيدية جرى العمل في مصر على أنه لابد من تسجيل عقود الزواج في وثائق خاصة، توضع نسخة منها بيد الزوج، واخرى بيد الزوجة، وثالثة بالسجلات الرسمية حتى تكون حجة قاطعة في اثبات الزوجية .
غير أن المشرع الوضعي في مصر اشترط في تسجيل عقود الزواج ألا يقل سن الزوج عن ١٨ سنة، وسن الزوجة عن ١٦ سنة من وقت دعوى الزوجية .
كما اشترط على المأذونين باجراء عقود الزواج ألا يعقدوا عقدا الا اذا بلغ الزوجان السن المذكورة . وغرض المشرع من وراء هذا تحقيق مصلحة اجتماعية بحتة، لان الرجل والمرأة اذا ما بلغا هذه السن كمل نضوجهما الجسماني والعقلي، فتؤمن العاقبة على صحة الزوجين، وعلى الحياة الزوجية .
على هذا جرى العمل في مصر بالنسبة لتوثيق عقود الزواج . كما جرى العمل على أنه لا تقبل دعاوي الزوجية عند الانكار، ولا ينظر فيها الا اذا كان

(١) القضاء بالزوجية بناء على النكول عن اليمين مذهب الصاحبين . ومذهب أبي حنيفة أنه لا يوجه اليمين الى منكر الزوجية لان النكول ليس اقرارا عنده ، وانما هو من قبيل البذل ، والبذل يجري في الاموال لا في الزواج .

هناك وثيقة رسمية تثبت ذلك • وغرض المشرع من ذلك أن يحمل الناس على توثيق عقود الزواج حتى يحفظ حقوق الزوجين بصيانة العقد عن الجحود والانكار، فقد يجحد أحد الزوجين الزواج ويعجز الآخر عن اثباته فتضيع حقوق، وتنشأ مشاكل، ولو كانت هناك وثيقة رسمية لوصل كل الى حقه •

كما أن تسجيل العقد، وعدم قبول دعوى الزوجية الا بناءً عليه منع أصحاب المقاصد الدنيئة، والنوايا السيئة من دعاوي الزوجية الكاذبة بغية الكيد، أو الوصول الى حق غير مشروع، فقد كان من السهل أن يدعى رجل زوجية وهو كاذب، وكان من السهل أن يأتي بشهود الزور على دعواه فيحكم له ، فلما كان هذا التشريع، قضى على ألاعيب بعض الناس، وما كان أكثرها وأسهلها •

وفي العراق، تجري عقود الزواج على الطريقة الشرعية دون تقييد ملزم بسن معينة للزوج والزوجة • كما أن التسجيل لعقود الزواج موجود لا على سبيل الالتزام، فمن أراد الحيلة لنفسه سجل زواجه ومن لا يسجل فلا مسؤولية عليه، كما أن دعوى الزوجية تنظر دون توقف على وثيقة رسمية فان أثبت مدعى الزوجية دعواه بطريقة من طرق الاثبات الشرعية السابقة قضى له ، ومن عجز ردت دعواه •



الباب الثالث

« في : حقوق الزوجية »

(١) حقوق الزوجة على زوجها (٢) حقوق الزوج على زوجته (٣) الحقوق المشتركة بين الزوجين •

الفصل الاول

« في : حقوق الزوجة على زوجها »

(١) المهر (٢) النفقة (٣) عدم الاضرار بالزوجة (٤) العدل في القسم عند الزوجات •

« الحق الاول : المهر »

١ - تعريفه :-

المهر ، حق مالى أوجبه الشارع على الزوج لزوجته بسبب العقد عليها أو الدخول بها - وهو حكم من أحكام الزواج مترتب على العقد ، وليس شرطاً في صحته ، ولذا يصح الزواج ولو اتفق الزوجان على ألا مهر ، أولم يذكرأ وقت العقد • والدليل على ذلك قوله تعالى « لا جناح عليكم ان تطلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تقرضوا لهن فريضة ... » حيث حكم بصحة الطلاق عند عدم تسمية المهر ، والطلاق لا يصح الا بناء على صحة العقد • وما روى من ان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه سئل عن امرأة مات عنها زوجها ولم يكن قد فرض لها مهرأ، فقال اجتهد برأىي فان أصبت فمن الله، وان أخطأت فمن ابن أم عبد - أرى لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط ، فقام رجل يقال له معقل بن سنان وقال : انى أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الاشجعية مثل قضائك هذا ، ثم قام ناس من أشجع وقالوا : نشهد

مثل شهادته ، ففرح عبد الله بن مسعود فرحا لم يفرح مثله في الاسلام حيث وافق قضاءه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم (١) .

والمهر واجب لا على أنه عوض وبدل عن ملك استمتاع الزوج بزوجه، كما فهم البعض ، وانما شرع على أنه هدية لازمة ، وعطية مقررة ، اظهارا لشرف عقد الزواج وما له من خطر ومكانة . ويشهد لهذا قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » أي عطية عن طيب خاطر . والى هذا الفهم مال الكمال بن الهمام حيث يصرح بأن المهر (وجب شرعا ... ابانة لشرف المحل ... ولم يشرع بدلا كالثمن والاجرة ، والا لوجب تقديم تسميته) (٢) .

٢ - دليل وجوب المهر :-

والدليل على وجوب المهر قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » والامر للوجوب ، وقوله « فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة » ، وقوله « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم » ، وما تقرر من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخل زواجا من مهر ، وما انعقد عليه الاجماع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ، من وجوب المهر للزوجة على زوجها .

٣ - لم كان المهر على الزوج دون الزوجة ؟ :-

وانما كان المهر على الزوج دون الزوجة لان ذلك يتمشى مع طبيعة الحياة ، فالرجل يعمل لكسب المال ، والمرأة تقوم على مصالح البيت ، فكان البذل على صاحب الكسب هو العدالة المتمشية مع قانون الحياة العام . والمرأة التي تنتقل الى بيت الزوجية تحتاج الى مال تستقبل به حياتها الجديدة ، وتستعين به على كسوتها وزينتها ، وذلك كله من أجل الزوج ، فكان البذل من جانبه هو منطق العدالة .

(١) البدائع ج٢ ص ٢٧٥ .

(٢) فتح القدير ج٢ ص ٤٣٤ .

والمهر من جانب الرجل للمرأة ، يشعر بعزتها ، وينبئ عن أنها شيء لا ينال الا بالبذل والعطاء ، ومنطق الواقع يقرر ، أن ما صعب مناله عز في أعين الناس ، وما سهل مناله هان على الناس ، ومتى عزت الزوجة في عين زوجها ، كان أحرص عليها ، وأخلص لها •

والرجل الذي جعل الشارع الطلاق بيده ، لو تزوج المرأة دون أن يبذل لها المهر ، لهان عليه طلاقها لاتفق الاسباب ، لانه ما بذل شيئا في زواجه منها ، وسوف لا يبذل شيئا في زواجه من غيرها ، فكان المهر من عوامل الحرص على الزوجة وعدم التفريط فيها •

والرجل اذا ما التزم بمهر الزوجة ، كان ذلك رمزا الى أنه سيتحمل عنها تكاليف الحياة ، وسيقوم من جانبه بالاتفاق عليها ، وبذلك تطمئن نفسها الى حياتها الجديدة •

٤ - سبب وجوب المهر : -

يجب المهر على الرجل بواحد من أمرين :

الاول : العقد الصحيح ، وبه وحده يجب المهر على الزوج وجوبا غير مستقر ، فقد يثبت كله ، وقد يثبت نصفه ، وقد يسقط كله الى بدل ، وقد يسقط كله لا الى بدل •

الثاني : الدخول الحقيقي ، فمن تزوج امرأة زواجا فاسدا ، لا تستحق المهر بمجرد العقد ، ولكن لو دخل بها بناء على هذا العقد وجب لها المهر بما استحلت منها ، وكذا من وطئ امرأة بشبهة وجب عليه المهر لان كل وطئ في دار الاسلام لا يخلو عن حد أو مهر ، ولا حد للشبهة فوجب المهر ، كما تقدم •

٥ - أنواع المهر : -

المهر نوعان أحدهما : المهر المسمى ، وهو ما سمي عند العقد تسمية صحيحة

وتراضى عليه الزوجان •

وثانيهما : مهر المثل ، وهو مهر امرأة تماثلها أو تقاربها من قوم أبيها كأختها أو عمتها ، أو امرأة من أسرة في مستوى أسرتها • ولا يعتبر مهر المثل بمهر أمها أو خالتها إلا أن كانتا من قوم أبيها • وعند الجعفرية يعتبر مهر المثل بقوم أبيها وبقوم أمها ، ولا يجاوز خمسمائة درهم ، فإن زاد على ذلك اقتصر على خمسمائة «١» •

والمماثلة تكون في الجمال ، والسن ، والبكارة ، والشوبة ، والخلو من الولد ، والخلق ، والعقل ، والعلم ، والتدين ، والمال • ويجب مراعاة الزمان والمكان ، كما يجب مراعاة حال الزوج وصفاته ، فإن المهر يزيد وينقص تبعاً لما عليه الزوج من صفات •

ومقدار مهر المثل قد يتفق عليه الزوجان ، وقد يختلفان فيه ، فإن اتفقا على أنه مائة دينار مثلاً ، كانت هي المهر • وإن اختلفا ، كأن ادعت الزوجة أن مهر مثلها مائة فقط ، فأيهما أقام البينة «٢» على دعواه قبلت ، لأن كل واحد يعتبر مدعيًا ومنكرًا • وإن أقامها جميعاً ، قدمت بينة الزوجة لأنها تدعي الزيادة • وإن عجزا عنها معاً ، فالقول قول الزوج مع يمينه لأنه ينكر الزيادة • وإن نكل عن اليمين ، حكم بماتدعيه الزوجة •

٦ - مقدار المهر :-

اتفق فقهاء المسلمين على أنه ليس للمهر حد أعلى لأنه لم يرد عن الشارع نص في ذلك ، ولا تحديد إلا بنص • والأولى عدم المغالاة في المهور حتى لا نصد الناس عن الزواج • وخير الصداق أيسره •

أما الحد الأدنى للمهر فذلك محل خلاف بين الفقهاء :
فذهب الحنفية إلى أن أقل حد للمهر عشرة دراهم من الفضة أو ما قيمته

(١) مسائل الخلاف ج ٢ ص ٧٩ •

(٢) يشترط كون البينة رجلين أو رجلاً وامرأتين ، وتشترط العدالة لأنها شهادة على مال •

ذلك • وتقدر العشرة دراهم بالنقد المصري بخمسة وعشرين قرشا ، وبالنقد العراقي بمائتين وخمسين فلسا • ودليلهم على هذا قوله صلى الله عليه وسلم « لا مهر أقل من عشرة دراهم » • وقياسهم بضع المرأة على يد السارق ، فكما لا يستحل قطع اليد في أقل من عشرة دراهم ، فكذا لا يستحل البضع في أقل منها •

وذهب المالكية الى أن أقل المهر ربع دينار ، أو ثلاثة دراهم من الفضة • أو ما قيمته ذلك • ودليلهم على هذا ما ثبت عندهم من أن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من ذهب ، وهو يساوي ربع دينار • قالوا : وربع الدينار مال محترم ، وهو أقل ما تقطع فيه يد السارق ، فكذا يجب أن يكون أقل ما يستحل به بضع المرأة •

وذهب الشافعية والحنابلة والجعفرية الى أنه لا حد لأقل المهر ، بل كل ما يطلق عليه اسم المال يصح أن يكون مهرا ، قل أو كثر • واستدلوا لمذهبهم بقوله تعالى « ... وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ... » ولفظ الاموال مطلق غير مقيد لا بعشرة ولا بثلاثة ولا بغير ذلك ، وبما رواه سهل بن سعد الساعدي من أن امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ، قد وهبت لك نفسى ، فقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله ، زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : وهل عندك شئ تصدقها اياه ؟ فقال : ما عندي الا ازارى هذا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ان أعطيتها ازارك جلست لا ازار لك ، فالتمس شيئا ، فقال : ما أجد شيئا ، فقال : التمس ولو خاتما من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : هل معك من القرآن شئ ؟ قال نعم ، سورة كذا وسورة كذا ، لسور يسميها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : قد زوجتكها بما معك من القرآن • فقله عليه الصلاة والسلام (التمس ولو خاتما من حديد) يدل على أنه لا تحديد لأقل المهر ، لان خاتم

الحديد لا يساوي عشرة دراهم ولا ثلاثة ولا درهما •
والحنفية ومن يوافقهم على تحديد حد أدنى للمهر ، يحملون هذا الحديث
على الخصوصية لهذا الرجل ، أو يحملونه على معجل المهر • وهذا تأويل
بعيد •

والحق أن ما ذهب اليه الشافعي ومن معه أرجح من جهة الدليل لان
حديث الواهبة نفسها أصح ما روى في باب المهر • وأما قوله عليه السلام
(لا مهر أقل من عشرة دراهم) فهو جزء من حديث لفظه « لا نكاح الا بولي
وشاهدي عدل ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم » • وهو حديث ضعيف لا يحتج
به ، والحنفية أنفسهم تركوا العمل به في باب الولاية وعدالة الشهود ، فكيف
يأخذون به في باب المهر ؟

٧ - ما يصلح مهرا وما لا يصلح :-

كل ما هو مال كالنقدين (الذهب والفضة) ، والعقار والمنقول ،
والحيوان ، يصح أن يكون مهرا ، ما دام معلوما لا تقل قيمته عن عشرة دراهم
عند الحنفية • وكذا الدين ، فلو تزوجها على مائة دينار على فلان ، صح ولها
حق مطالبة المدين أو الزوج •

وكذا يصح أن يكون المهر منفعة مقدرة بمال كما لو تزوجها على أن
تنتفع بزراعة أرض معينة أو بسكنى دار معينة •

وكذا يصح أن يتزوجها على أن يكون مهرها أن يعلمها القراءة والكتابة
مثلا أو أن يعلمها سورا من القرآن ، على المفتى به من رأي متأخري الحنفية ،
وبه قال الجعفرية •

وكذا يصح أن يتزوجها على أن يقوم بإدارة مزرعة ، أو مصنع لها ، أو
يشرف على أي شأن من شئونها التي يزاول مثلها - عادة - بمال ، والتي
لا يكون فيها امتهان لكرامة الزوج ، مادام العمل معلوما والمدة معلومة كذلك •
وقال الجعفرية يجوز أن تكون منافع الحر مهرا ، واستثنى بعضهم من ذلك اجارته ،

وقالوا هي خصوصية لموسى عليه السلام «١» .
ولا يصح - باتفاق - أن يكون مهرا كل ما ليس مالا ولا متقوما بمال في ذاته
كالهيئة والدم، وكذا كل ما ليس بمال في حق المسلم كالخمر والخنزير ، ولو
كانت الزوجة كناية .

وكذا لا يصح أن يكون مهرا كل ما لحقته الجهالة الفاحشة ، كما لو
تزوجها على عشرة أرداب ولم يبين كونها من القمح أو الشعير مثلا . أما
الجهالة اليسيرة فلا تضر فلو تزوجها على عشرة أرداب من القمح ولم يبين
وصفها كان لها الوسط من ذلك أو قيمته .

وكذا لا يصح أن يكون مهرا كل منفعة لا تقابل بمال كما لو تزوجها على
أن يكون مهرها طلاق زوجته السابقة ، أو على ألا يتزوج عليها .
وكذا لا يصح أن يكون المهر خدمة الزوج وزوجته بما يؤدي الى امتحان
وضياع كرامته ، كما لو تزوجها على أن يقوم بخدمتها أو بخدمة
البيت «٢» .

ويجب أن يلاحظ أن فساد تسمية المهر لا يؤدي الى فساد العقد ، بل العقد
صحيح ما دام مستوفيا شروط الصحة ، والواجب هو مهر المثل .

٨ - تعجيل المهر وتأجيله :-

يجب المهر للزوجة بمجرد حصول العقد الصحيح ، ولكن لا يلزم أن
يكون حالا ، بل يجوز تعجيله كله ، وتأجيله كله ، وتعجيل بعضه وتأجيل
بعضه ، ودفعه على أقساط في مدد معلومة ، حسب اتفاق الزوجين ، أو من
يتولى العقد عنهما . وإن لم يكن هناك اتفاق على شيء من ذلك جرى الامر على
ما عليه عرف البلد الذي أجرى فيه العقد ، لأن المعروف عرفا كالمشروط
شرطا .

(١) مسائل الخلاف ج ٢ ص ٧٦ . والمختصر النافع ص ١٢ .
(٢) ذهب محمد بن الحسن الى انه لو تزوجها على أن يكون مهرها خدمته
لها صحت التسمية ولها قيمة الخدمة فقط .

وعلى ما تقدم ، فإن اشترط تعجيل كل المهر لزمه أدائه قبل الدخول ، وللزوجة ألا تدخل في طاعته الا بعد أدائه المهر •

وان اشترط تأجيله كله ، فليس للزوجة أن تمتنع من الدخول في طاعته ، وعليه اداء المهر عند حلول الاجل ان كان وقته محددا «١» • وان كان الاجل مجهولا جهالة فاحشة ، كأن قال : المهر مؤجل ، أو مؤجل الى وقت اليسار لا يكون مؤجلا ، ووجب تعجيله «٢» •

وان اشترط تعجيل البعض وتأجيل البعض لزمه اداء المعجل قبل الدخول ، واداء المؤجل عند حلول الاجل ان كان محددا ، فان لم يعين وقتا لاداء المؤجل أو كان الاجل مجهولا جهالة فاحشة ، فقليل يلغو الاجل ويجب تعجيله ، وقيل يؤجل الى أحد الاجلين الطلاق أو الموت •

٩ - أصحاب الحق في المهر : -

قد يبدو أن الزوجة هي صاحبة الحق وحدها في مهرها ، ولكن واقع الامر أن المهر له حائتان ، حالة ابتداء ، وحالة بقاء أما في حالة الابتداء : فالمهر يتعلق به حق الله ، وحق الزوجة ، وحق الاولياء •

فحق الله ، وجوب مهر لا يقل عن عشرة دراهم عند الحنفية ، ولا يملك أحد اسقاط هذا الحق ، فلو حصل زواج على ألا مهر ، أو على مهر دون عشرة دراهم ، وجبت العشرة حتما على الزوج لزوجته • وحق الزوجة مهر مثلها ، فلو زوجها وليها بأقل منه كان لها حق المطالبة بالزيادة الى مهر المثل ، أو فسخ الزواج •

(١) اذا طلقها الزوج قبل حلول الاجل فليس لها حق المطالبة حتى يحل الاجل • وان مات قبل حلول الاجل فلها حق مطالبة الورثة بعد الموت دون انتظار الاجل لان التأجيل حق لا يورث •
(٢) فتح القدير ج٢ ص ٤٧٣ •

وحق الاولياء مهر المثل أيضا ، فلو زوجت البالغة العاقلة نفسها بأقل من مهر مثلها كان لاوليائها - عند الحنفية - حق المطالبة بالزيادة الى مهر مثلها أو فسخ الزواج • خلافا للجعفرية الذين لا يرون للاولياء حقا في المهر ما دامت المرأة عاقلة بالغة •

وأما في حالة البقاء : فاذا تم العقد وتقرر المهر ، كان المهر حق الزوجة وحدها ، تتصرف فيه كما تتصرف في سائر أموالها ، فان تنازلت عنه كله أو بعضه فليس لاحد مطلقا حق الاعتراض على تصرفها ، ما دامت بالغة عاقلة رشيدة •

١٠ - المهر الواجب :-

المهر الواجب يختلف باختلاف التسمية وجودا وعدما ، وباختلاف مقدار المسمى • فتارة يكون الواجب للزوجة هو المسمى ، وتارة يكون الواجب مهر المثل ، وتارة يكون الواجب الاقل من المسمى ومهر المثل ، وتارة يكون الواجب هو عشرة دراهم (أقل المهر عند الحنفية) •
فيجب المسمى ، اذا توفرت الشروط الآتية :

(١) أن يكون العقد صحيحا (٢) أن تكون التسمية صحيحة (٣) ألا يكون المسمى أقل من عشرة دراهم عند الحنفية ، أو ما جعل حدا أدنى عند غيرهم •
ويجب مهر المثل ، في الحالات الآتية :

(١) اذا نفى المهر عند العقد بأن تزوجها على ألا مهر لها •
(٢) اذا لم يسم المهر عند العقد ، كأن قال زوجيني نفسك فقالت قبلت •
(٣) في نكاح المفوضة وهي التي فوضت أمر نفسها للزوج ، وذلك كأن يتزوج امرأة بلا مهر مسمى عند العقد ، ثم تطالب الزوج بعد العقد وقبل الدخول بأن يفرض لها مهرا ، فان امتنع ، أو فرض لها مهرا لم ترض به ، فلها أن ترفع أمرها الى القاضي ، والقاضى يأمره بالفرض ، فان امتنع فرض لها القاضى مهر مثلها •

(٤) في نكاح الشغار «١» - وقد مر تعريفه - وهذا النكاح صحيح عند الحنفية ، ويجب فيه مهر المثل . وفاسد عند الشافعية والمالكية (٢) والحنابلة والجعفرية . ومنشأ الخلاف بين الحنفية وغيرهم من الفقهاء قوله عليه الصلاة والسلام (لا شغار في الاسلام) فالحنفية يقولون علة النهي عدم تسمية المهر ، والاجحاف بحق المرأة ، وهذا أمر يمكن تداركه بجعل الواجب لكل من المرأتين مهر المثل . وغير الحنفية يقول : أن النهي يقتضى الفساد ، وعلة الفساد في الشغار أنه عقد زواجين في عقد واحد ، وهو غير جائز .

(٥) - اذا زوجت العاقلة البالغة نفسها بأقل من مهر مثلها واعترض وليها ، وجب مهر المثل عند الحنفية . وكذا اذا زوجها وليها بأقل من مهر مثلها ولم ترض به ، وجب لها مهر المثل باتفاق بين الحنفية والجعفرية .

(٦) اذا سمى لها ما لا قيمة له أصلاً كالميتة والدم ، أو ما لا قيمة له في نظر الاسلام كالخمر والخنزير .

(٧) اذا كان المسمى مجهولاً جهالة فاحشة كأن تزوجها على عشرة قناطير ولم يبين نوعها ، أما ان كانت الجهالة يسيرة بأن بين النوع ولم يبين الوصف فلها الوسط أو قيمته ، كما تقدم .

ويجب الاقل من المسمى ومهر المثل فيما يلي :
اذا كان عقد الزواج فاسداً ، وسمى لها الزوج المهر تسمية صحيحة ، ودخل بها دخولاً حقيقياً . ففي هذه الحالة يجب للزوجة الاقل من المسمى ومهر المثل ، فلو كان المسمى مائة دينار ، ومهر مثلها مائة وخمسون ، فلها المائة فقط ، حيث رضيت بها وتعتبر مسقطاً للزيادة . وان كان المسمى مائة وخمسين ، ومهر مثلها مائة ، فلها المائة فقط ، لان مهر المثل هو الواجب حيث

(١) مأخوذ من قولهم شفر المكان اذا خلا ، وذلك لخلو العقد من المهر .
(٢) نكاح الشغار عند المالكية على أقسام وكلامنا عن الشغار الذي يجعل فيه كل من المرأتين مهرًا للآخرى .

فسدت التسمية بفساد العقد • وقال زفر يجب مهر المثل قل أو كثر لان التسمية فاسدة فلا يلتفت اليها مطلقا •

وتجب عشرة دراهم فيما يلي :

إذا كان المهر المسمى أقل من عشرة دراهم ، ورضيت به الزوجة وأولياؤها
وجب أن نرفع المهر الى العشرة لانها حق الله ، ولا يملك أحد اسقاطه • وقال
زفر : تسمية ما دون العشرة غير معتبرة شرعا ، فهي فاسدة ، وإذا فسدت يصار
الى الاصل ، وهو المثل •

١١ - الزيادة على المهر والحط منه : -

إذا تم عقد الزواج ، وتراضى الزوجان على مهر معين ، جاز للزوج أن
يزيد في مهر الزوجة ، سواء أكانت الزيادة من جنس المهر أم من غير جنسه ،
والتحقت الزيادة بأصل المهر وأخذت حكمه في كثير من الاحوال • وكذا يجوز
للزوجة أن تحط عن الزوج كل المهر أو بعضه • والاصل في ذلك قوله تعالى
« ... ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة » • ولكن يشترط
لكل من الزيادة والحط شروط لا بد منها واليك بيانها :

شروط الزيادة في المهر :

(١) أن يكون الزوج أهلا للتبرع ، وذلك بأن يكون عاقلا بالغاً رشيداً •
وللولي - ان كان الاب أو الجد - أن يزيد في مهر من في ولايته ، وليس ذلك
لغيرهما من الاولياء ، لان الاب والجد لوفور شفقتنهما ينظران الى مصلحة
فوق الزيادة وهما غير متهمين في تصرفهما •

(٢) أن تكون الزيادة برضا الزوج أو وليه ، ومع الاكراه لا تصح •

(٣) أن تكون الزيادة معلومة ، فلو كانت مجهولة كأن قال لها زدتك في

مهرك لا تصح •

(٤) أن تقبل الزوجة أو وليها الزيادة في المجلس الذي حصلت فيه •

(٥) أن تكون الزيادة حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً ، فلو زادها في

عدتها من طلاق رجعى صحت الزيادة ، وان زادها بعد انقضاء عدة الرجعى ،
أو فى عدتها من طلاق بائن لا تصح الزيادة •

(٦) أن تكون الزيادة حال الصحة ، فان كانت فى مرض الموت لا تصح ،
لأنها تكون وصية والزوجة وارثة ، والوصية لوارث لا تجوز ، خلافا
للجعفرية فانهم يقولون بصحة الزيادة فى مرض الموت ما دامت فى حدوث الثلث
بناء على ما تقرر عندهم من صحة الوصية للوارث •

شروط الحط من المهر :

وللزوجة وحدها ، دون أحد من أوليائها ولو كان الاب أو الجد (١) ،
أن تحط مهرها كله أو بعضه عن زوجها بشروط :

(١) أن تكون الزوجة من أهل التبرعات بأن تكون بالغة عاقلة رشيدة •
(٢) أن يكون الحط برضاها •

(٣) أن يكون المقدار الذي حطته عن الزوج معلوما •

(٤) ألا يرفض الزوج ما حطت الزوجة عنه • ولا يشترط قبوله للحط
صراحة ، لأن الحط ليس تمليكا ، وانما هو اسقاط وبراء ، فيكفى أن يسكت
ولا يرفض •

(٥) أن يكون الحط حال صحتها ، لا فى مرض الموت ، خلافا للجعفرية
كما تقدم •

(٦) أن يكون المهر دينا ثابتا فى الذمة فلو كان مهرها مائة دينار فحطت
خمسين صح • أما ان كان المهر من الاعيان التي لا تثبت فى الذمة ، كما لو
تزوجها على دارين معينتين فحطت عنه احدهما لا يصح لان الحط ابراء وهو

(١) يجوز الجعفرية للاب ان يحط من مهر الصغيرة اذا راعى مصلحة تعود
عليها . وانما اباح الحنفية للاب والجد الزيادة فى مهر الصغير ومن فى حكمه دون
الحط من مهر الصغيرة ومن فى حكمها ، لان عرف الناس جرى على الزيادة فى
المهر لما يترتب عليها من زيادة فى متاع البيت مثلا ولم يجر العرف على الحط من
مهر الزوجة . لانه لا مصلحة ترجى من وراء ذلك •

لا يلحق الا الديون الثابتة في الذمة • فان أرادت الزوجة أن تعفى الزوج من المهر او من بعضه فعليها أن تهبه له هبة صريحة • هذا ما ذهب اليه الحنفية • أما الجعفرية فيرون ان الحط يلحق الاعيان كما يلحق الديون • ونرى أن ما ذهب اليه الجعفرية أولى بالقبول ، لان الحنفية تمسكوا بالمصطلحات الفقهية ، ولم يلتفتوا الى المقاصد والنيات ، فالمرأة حينما تحط عن الزوج كل المهر أو بعضه لا يدور بخلدها أن المهر يقبل البراء أو لا يقبل ، وانما كان قصدها اعفاء الزوج من حق وجب عليه فلم لا يكون صحيحا ؟

١٢ - متى يتأكد وجوب كل المهر للزوجة ؟ -

تقدم أن المهر يجب للزوجة بمجرد العقد الصحيح وجوبا غير مستقر فقد يتأكد وجوبه كله ، وقد يجب نصفه فقط ، وقد يسقط كله الى بدل وهو المتعة ، وقد يسقط كله لا الى بدل •

فيتأكد وجوب كل المهر للزوجة بواحد من ثلاثة :

الاول : موت أحد الزوجين بعد العقد الصحيح وقبل الدخول المعتبر شرعا ، وعليه فلو مات الزوج قبل تسليم المهر للزوجة • أخذت كل مهرها من تركته ، ولو ماتت الزوجة قبل أن تتسلم المهر أخذت ورثتها المهر من الزوج بعد اسقاط نصيب الزوج باعتباره وارثا • وانما يتأكد وجوب كل المهر بالموت ، لان الموت ينهى الزوجية ، واذا ما انتهت أخذت حكمها كاملا حيث لم تعد قابلة لفرقة من قبل الزوج تنصف المهر ، أو من قبل الزوجة تسقطه بتمامه • وقال الجعفرية اذا مات أحد الزوجين قبل الدخول ولم يكن المهر مسمى وقت العقد ولا بعده ، فلا مهر ولا متعة •

الثاني : الدخول الحقيقي ، فاذا دخل الزوج بالزوجة دخولا حقيقيا تقرر لها كل المهر ، لانه بالدخول الحقيقي استوفى الزوج حقه في المتعة ، فوجب عليه أداء المهر كاملا ، ولا يسقط بعد الدخول بالفرقة ولو بسبب من الزوجة ، وانما يسقط بالاداء ، أو البراء •

الثالث : الخلوة الصحيحة ، ويعبر عنها بالدخول الحكي ، وهي أن يجتمع الزوجان في مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما ، والا يكون هناك مانع حسي ، أو طبيعي ، أو شرعي يمنع من الدخول الحقيقي ، فالمانع الحسي ، كوجود شخص ثالث معهما ولو نائما أو اعمى أو طفلا مميزا . والمانع الطبيعي ، كالمرض الذي يمنع المخالطة الزوجية . والمانع الشرعي ، كأن يكون أحد الزوجين أو كلاهما صائما في رمضان أو تكون الزوجة حائضا أو نفساء .

فان تمت الخلوة الصحيحة بين الزوجين ، كان لها حكم الدخول الحقيقي في تأكد وجوب المهر كله عند الحنفية ما دام العقد صحيحا ، لان الزوجة مكنت زوجها من نفسها ولم يكن منها ما يمنع الزوج من استيفاء حقه . واستدل الحنفية على ما ذهبوا اليه بقوله تعالى « وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتانا واثما مبينا . وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا » حيث فسروا الافضاء في الآية بالخلوة . وبقوله عليه الصلاة والسلام « من كشف خمار امرأته ونظر اليها ، وجب عليه الصداق دخل بها أو لم يدخل » . وبما ثبت من أن الخلفاء الراشدين قضوا بأن الزوج اذ أرخى الستور وأغلق الباب كان للزوجة الصداق كاملا .

وذهب الشافعية ، والجعفرية في المشهور من مذهبهم الى أن الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الدخول الحقيقي ولا يتأكد بها المهر مطلقا (١) . ودليلهم ظاهر قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم . . . » حيث أوجب للمطلقة قبل المس نصف المهر .

(١) مذهب الامام احمد أن الخلوة الصحيحة من مؤكدات المهر ، بل التقبيل واللمس بشهوة عنده من مؤكدات المهر أيضا . ومذهب مالك ، أن الخلوة وحدها لا يتأكد بها المهر ، ولكن ان انتقلت الزوجة الى بيت الزوج واقامت معه سنة بلا دخول حقيقي مع عدم المانع كان ذلك من مؤكدات كل المهر للزوجة حتى ولو اعترف الزوجان بعدم الدخول .

قالوا والمراد من المس في الآية الجماع ولم يفصل بين حال وجود الخلوة وعدمها فمن اوجب كل المفروض بالخلوة وحدها فقد خالف النص •
وقبل أن تترك هذا البحث يحسن بنا أن نوضح احكام الخلوة الصحيحة، ما تتفق فيه مع الدخول الحقيقي وما تختلف ، فنقول :

الخلوة الصحيحة تتفق مع الدخول الحقيقي في حكمين :

(١) تأكد كل المهر للزوجة •

(٢) وجوب العدة «٢» وما يترتب عليها من أحكام كالنفقة ، وعدم

حل زواجه من احدى محارمها وهي في العدة كما هو مذهب الحنفية •

وتخالف الخلوة الصحيحة الدخول الحقيقي فيما يلي :

(١) الاحصان : فالدخول الحقيقي يحصن الرجل والمرأة ، والخلوة

الصحيحة لا تحصن واحدا منهما •

(٢) حرمة بنت الزوجة : فالدخول الحقيقي بالزوجة يحرم بنتها على

الزوج ، والخلوة الصحيحة لا تحرم ، فمن تزوج امرأة واختلى بها خلوة صحيحة ثم طلقها حل له أن يتزوج من بنتها •

(٣) حل المطلقة ثلاثا : فدخول الزوج الثاني بالمطلقة ثلاثا يحلها لزوجها

الاول ، والخلوة الصحيحة لا تحلها له •

(٤) المراجعة : فمن طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم دخل بها في عدتها كان

مراجعا لهما ، وان اختلى بها في العدة خلوة صحيحة لا يكون مراجعا لها •

(٥) الطلاق الرجعي : فمن تزوج امرأة ودخل بها دخولا حقيقيا أمكن

أن يطلقها طلاقا رجعيا ، وعليه فمن مات من الزوجين في العدة ورثه الآخر •

أما بعد الخلوة الصحيحة فلا يكون الطلاق الا بائنا ، وعليه فمن مات منهما في

العدة لا يرثه الآخر لا تقطع الزوجية بالطلاق البائن •

(٢) وكذا تجب العدة مع الخلوة الفاسدة في بعض الحالات احتياطا، كالخلوة

مع وجود المانع الشرعي لان الدخول الحقيقي ممكن في ذاته .

١٢ - متى يجب للزوجة نصف المهر؟ :-

يجب للزوجة نصف المهر المسمى بشروط أربعة :

(١) أن يكون عقد الزواج صحيحا ، فالعقد الفاسد بمجرد لا يجعل للمرأة حقا في شيء من المهر .

(٢) أن يكون المهر مسمى عند العقد تسمية صحيحة ، فان كانت التسمية بعد العقد ، او كانت مقارنة له ولكنها غير صحيحة ، لا يتنصف المهر وانما تجب المتعة ، كما سيأتي . وعلى هذا لا يتنصف مهر المثل ، ولا يتنصف المهر المفروض للمفوضة بعد العقد وقال الجعفرية يتنصف (١) ، ولا تتنصف الزيادة التي تلحق المهر بعد العقد باتفاق بين الحنفية والجعفرية .

(٣) أن تقع الفرقة قبل الدخول «٢» .

(٤) أن تكون الفرقة من جهة الزوج ، سواء أكانت طلاقا أم فسخا كما لو ارتد الزوج عند الاسلام قبل الدخول . ويستثنى من هذا الفرقة بسبب اختيار الزوج الفسخ عند البلوغ أو الافاقية وقبل الدخول ، لان الفرقة هنا تقض للعقد من أصله فكأنه لم يكن حتى يجب به شيء ، ولانه لا فائدة من اثبات حق الفسخ للزوج في هذه الحالة الا سقوط كل المهر عنه اذ لوجب نصف المهر لاستوى الفسخ والطلاق ، فأى فائدة اذا من اعطائه حق الفسخ ؟ والدليل على وجوب نصف المهر المسمى للمطلقة قبل الدخول قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقد النكاح » .

والحكمة في وجوب نصف المهر في هذه الحالة : اننا لو نظرنا الى أن الزوج بالفرقة قبل الدخول لم يستمتع بالزوجة ، ولم تقم نحوه بأي واجب من

(١) الاحكام الجعفرية ص ٢٢ .

(٢) اذا اطلقنا الدخول اردنا به الدخول الحقيقي عند الجعفرية ، وما يعم

الحقيقي والحكمي عند الحنفية .

واجبات الزوجية ، لم يجب عليه شيء من المهر • ولو نظرنا الى ان الزوجة ملكت زوجها بالعقد حق الاستمتاع بها ، ولم تمنعه من استيفاء حقه ، وانما هو الذي فوت ذلك على نفسه بايقاع الفرقة من ناحيته ، لو نظرنا الى هذا يجب للزوجة كل المهر • فنظرا لهذين المعنيين ، ومراعاة للجانبين ، أوجب الشارع التوسط ، فجعل للمرأة نصف المسمى ، على أن في ايجاب نصف المسمى للمطلقة قبل الدخول احسانا لها ، وجبرا لكسرهما ، والله يقول « ... وسرحوهن سراحا جميلا » بل نجد في آخر الآية التي أوجبت نصف المهر للمطلقة قبل الدخول حثا صريحا على اعطائهن النصف الآخر استحبابا حيث يقول سبحانه « ... وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم » •

وينبغي أن نبين هنا أن نصف المهر الذي يسقط بالطلاق قبل الدخول ، يعود - قبل قبض الزوجة له - الى ملك الزوج من غير حاجة الى تراض أو قضاء ، فله أن يتصرف فيه بما شاء ، ويكون تصرفه نافذا • أما بعد قبض الزوجة له فلا يعود الى ملكه الا بالتراضى ، أو قضاء القاضى ، لان ملك الزوجة للمهر بمقتضى العقد تقوي بقبضها له ، فلا يعود شيء منه الى ملك الزوج الا بواحد من الامرين ، وعلى هذا فتصرفات الزوجة فى كل المهر صحيحة نافذة ، وتصرف الزوج فى النصف الذى يطالب به موقوف على اجازتها أو الحكم به • وعند الجعفرية : يعود نصف المهر الى ملك الزوج بالطلاق قبل الدخول دون توقف على رضا الزوجة أو قضاء القاضى ، سواء قبل القبض وبعد القبض ، وتصرفات الزوج نافذة بدون توقف على شيء ما دامت العين باقية ، وتصرفات الزوجة نافذة أيضا ما دامت قبل الطلاق •

١٤ - متى تجب المتعة للزوجة :-

تجب المتعة للزوجة فى جميع الحالات التى يجب فيها بالعقد مهر المثل اذا حصلت الفرقة من جهة الزوج قبل الدخول سواء أكانت الفرقة طلاقا أم فسخا •

وقال الجعفرية المتعة في الطلاق خاصة (١)

والمتعة الواجبة : كسوة كاملة للمرأة ، أو قيمة ذلك من نقود وغيرها •
والمعتبر في المتعة عرف كل بلدة فيما تكتسى به المرأة خارج البيت ، وبه قال
الجعفرية ، وعنهم المتعة على الموسر خادم ، وعلى المتوسط ثوب أو مقنعة ،
وعلى الفقير خاتم وما أشبهه (٢) •

ولقيمة المتعة حد أعلا ، وحد أدنى ، فحدها الاعلى ألا تزيد على نصف
مهر المثل فلا يجب على الزوج أكثر من ذلك • نعم ان زادها على الحد الاعلى
بمحض اختياره فلا بأس • وحدها الادنى خمسة دراهم عند الحنفية لانها
نصف أقل الواجب شرعا ، فيجب ألا تنقص المتعة عنها •

وهل يراعى في قيمة المتعة حال الزوج ، أو الزوجة ، أو حالهما معا ؟
أقوال ثلاثة أصحابها في مذهب الحنفية والجعفرية أن يراعى حال الزوج وحده
لقوله تعالى « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو ترضوا لهن
فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على
المحسنين » • فالآية فوق صراحتها في الدلالة على وجوب المتعة لمن هذا حالها ،
صريحة في أنه يراعى حال الزوج في تقديرها ، لانه هو المكلف بها ، ولا يكلف
الله نفسا الا وسعها •

والحكمة في وجوب المتعة : تعويض المرأة عن ايحاشها بالطلاق ، وتخفيف
لما تجده من حيرة وألم على فرقة لم تكن بسببها ، ولم يتقرر فيها شيء من
المهر •

هذه هي المتعة الواجبة للزوجة ، وهذا ما يتعلق بها • بقى بعد هذا أن
المتعة تثبت للزوجة استحبابا لا وجوبا اذا طلقت بعد الدخول فتعطاها زيادة
على المهر المسمى ، أو زيادة على مهر المثل • ولا متعة مطلقا للمتوفى عنها

(١) مسائل الخلاف ج٢ ص ٨٨ •

(٢) الاحكام الجعفرية ، للحلى ص ٢٣ ومسائل الخلاف ج٢ ص ٧٧ •

زوجها ، ولا لمن استحققت نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ، وقيل للاخيرة متعة مستحقة .

١٥ - متى يسقط كل المهر ولا يجب شيء للزوجة ؟ :-

يسقط كل المهر ولا يجب للزوجة شيء مطلقا في ثلاث حالات :

الحالة الاولى : اذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول بسبب من الزوجة ، كما لو ارتدت عن الاسلام ، أو أسلم زوجها وأبت أن تدخل في الاسلام أو في دين سماوي آخر ، أو اختارت الفسخ بعد البلوغ ، أو اتصلت بأحد أصوله أو فروعه اتصالا غير مشروع ، وقال الجعفرية الاتصال الطارئ لا يفسد الزوجية . وكذا تعتبر الفرقة من جانب الزوجة لو كانت من جهة وليها كما اذا فسخ الزواج بطلب منه لعدم الكفاءة مثلا .

وانما حكم بسقوط كل المهر لان الزوجة فوتت على الزوج حقه ، وحالت بينه وبين استيفاء المعقود عليه ، ولانها لما أقدمت على سبب الفرقة وهي تعلم أن المهر لم يتأكد بعد ، كان ذلك منها امارة تنازلها عن حقها في المهر .

الحالة الثالثة : « وهي خاصة بالجعفرية » اذا مات أحد الزوجين قبل الدخول بسبب بلوغه أو فاقتنه ، وقد تقدم بيان هذا بوضوح .

الحالة الثالثة : « وهي خاصة بالجعفرية » اذا مات أحد الزوجين قبل الدخول ولم يكن سمي للزوجة مهر عند العقد ولا فرض لها بعده فلا مهر لها ولا متعة .

بقي أن المرأة قد تبرئ الزوج من مهرها فتبرأ ذمته ويسقط حقها في المهر باسقاطها لا باسقاط الشارع . وكذا لو وهبته له . وبقي أيضا أن عقد الزواج ان كان فاسدا وحصلت المفارقة قبل الدخول ولو بعد الخلوة الصحيحة لا يجب شيء من المهر للزوجة لانه ساقط من اول الامر لما تقدم من أن العقد الفاسد بمجرد لا يوجب مهرا للمعقود عليها .

١٦ - المهر المقترن بشرط :-

المهر المسمى للزوجة قد يكون مطلقا عن التقييد بشرط ، وحينئذ يجب المسمى كما تقدم • وقد يكون المسمى مقرونا بشرط مقابل بجزء من المهر • وهذا يقع على ثلاث حالات :

الحالة الاولى : اذا تزوج رجل من امرأة بأكثر من مهر مثلها ، واشترط في مقابلة هذه الزيادة وصفا مرغوبا له ، كأن كان مهر مثلها مائة دينار فجعله مائتين على شرط أن تكون بكرا أو جميلة مثلا ، فان تحقق الوصف لزمه المائتان • وان لم يتحقق الوصف لزمه المثل فقط وهو المائة ، وذلك لانه جعل الزيادة في نظير تحقق الوصف ، وحيث لم يتحقق سقط ما يقابله من الزيادة ووجب مهر المثل •

الحالة الثانية : اذا تزوج رجل امرأة بأقل من مهر مثلها واشترط في مقابلة هذا النقصان أن يقوم لها أو لاحد محارمها بمصلحة مشروعة ، كأن يكون مهر مثلها مائة دينار مثلا فجعله خمسين على شرط ألا يتزوج عليها ، أو الا يسافر بها ، أو على أن يوظف أباه أو أخاه ، فان وفى لها بالشرط لزم المسمى وهو الخمسون ، وان لم يوف بما شرط كان لها مهر المثل وهو المائة ، لانها رضيت بالخمسين مع المنفعة فان لم تتحقق المنفعة فات رضاها بالخمسين وثبت حقها في مهر المثل •

أما ان كانت المنفعة المشروطة غير مشروعة ، كأن اشترطت عليه ألا يمنعها من التردد على دور اللهو والمراقص ، فليس لها عند عدم الوفاء بالشرط غير المسمى وهو الخمسون ، لان غير المشروع لا يجوز للمسلم أن ينتفع به فلم يكن مقابلا بمال فكان الشرط غير داخل في المهر من المبدأ فتجب الخمسون فقط لانها هي المعتبرة في التسمية شرعا •

وان كانت المنفعة تعود على غير ذي رحم لها فليس لها أيضا سوى المسمى لان المنفعة لا تكون حينئذ مقصودة لها فلا تقابل بعوض •

الحالة الثالثة : اذا تزوجها وسمى لها مهرا مائتين مثلاً ان كانت بكراً أو متعلمة ، ومائة ان كانت ثيباً أو غير متعلمة • صحت التسمية في الحالتين ، ووجب المائتان عند تحقق الشرط الاول ، والمائة عند تحقق الثاني على المفتى به من رأي أبى يوسف ومحمد ، وهو مذهب الجعفرية • وقال أبو حنيفة ان تحقق الشرط الاول وجب المسمى معه ، وان لم يتحقق وجب مهر المثل بحيث لا يزيد على مائة ، لان الشرط الثانى ورد بعد الاول فلم يصادف محلاً وكان فاسداً • وقال زفر التسمية فاسدة في الحالتين لانها لما ترددت بين شرطين كانت مجهولة ، ومع الجهالة يجب مهر المثل غير أنه لا يزيد على مائتين لان الزوجة رضيت بها ، ولا يقل عن مائة لان الزوج رضى بها •

١٧ - قبض المهر والتصرف فيه :-

عرفنا أن المهر حق الزوجة ، لذا كان لها وحدها حق قبضه بنفسها أو بواسطة وكيلها (١) ان كانت بالغة عاقلة رشيدة ، فان كانت قاصرة تولى قبض مهرها من له الولاية على مالها (٢) فان سلم الزوج المهر لغير ولي المال ولو كان وليا عنها فى الزواج لم تبرأ ذمته ، وكان للزوجة عند تحقق اهليتها ان تطالب زوجها بالمهر وهو يرجع به على من سلمه اياه •

والمهر حق مالى للزوجة فلها ان تتصرف فيه بأى نوع من انواع التصرفات المشروعة ، وليس لاحد ما حق فى معارضتها ما دامت من أهل التصرفات ، فان كانت غير رشيدة حجر عليها ، وكان حق التصرف فى المهر لولى المال

(١) لابد فى الوكالة بقبض المهر من تصريح الثيب ، ويكتفى من البكر بالسكوت . فحيث سكنت ولم يكن منها نهى صريح عن قبض المهر كان سكوتها اذناً بالقبض .

(٢) الولى على مال القاصر هو الاب ثم وصيه ثم الجد الصحيح ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه . والولى تارة يكون وليا على النفس والمال معا كالاب ، وتارة يكون وليا على النفس فقط كالاخ الذي لم ينصب وصيا ، وتارة يكون وليا على المال فقط كالوصي .

دون غيره •

ثم أن الزوجة لو وهبت كل مهرها أو بعضه للزوج ثم طلقها بعد الدخول فليس لها أن ترجع عليه بشيء باتفاق بين الحنفية والجعفرية •

وإذا كان المهر مما يتعين بالتعيين كدار معلومة فوهبتها له أو وهبت نصفها قبل القبض أو بعده ثم طلقها قبل الدخول ، فليس له مطالبتها بشيء لانه بالطلاق قبل الدخول يستحق نصف الدار وقد عاد له بطريق الهبة • ولا يلتفت الى كون سبب وصول الحق اليه وهو الهبة مغايرا لسبب الاستحقاق وهو الطلاق ، لان اختلاف السبب لا يضر ما دام عين الحق قد وصل الى صاحبه • وإذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين كمائة دينار مثلا أو عشرة قناطير من القطن غير معينة وقبل قبض المهر وهبته له أو وهبت نصفه ، ثم طلقها قبل الدخول ، فليس له مطالبتها بشيء ، لانه بالطلاق قبل الدخول وقبل القبض يستحق براءة ذمته من نصف المهر وقد تم ذلك بالهبة •

وإذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين فوهبته له بعد قبضها اياه ثم طلقها الزوج قبل الدخول كان له حق مطالبتها برد نصف المهر ، لان ما وهبته له ليس عين ما سلمه لها ، فتعتبر كأنها وهبته شيئا آخر لا صلة له بالمهر • وعند الجعفرية اذا وهبت الزوجة مهرها كله أو بعضه لزوجها بعد قبضه بتمامه ثم طلقها قبل الدخول فله الرجوع عليها بنصفه مطلقا فلو لم تقبضه أو قبضت نصفه فوهبت الكل في الاولى أو ما بقي وهو النصف في الثانية فله الرجوع أيضا

١٨ - ضمان المهر :-

إذا لم تقبض الزوجة مهرها كان لها أن تستوثق من استيفائه بأخذهن به ، أو كهيل يضمه لها • وفي الكفالة يجوز أن يكون الكفيل قريبا ولو كان أبا الزوج أو أبا الزوجة غير أنه لما كانت الكفالة تعتبر تبرعا للمكفول له والمكفول عنه كان لا بد لنا من التفصيل الآتي :

(١) إذا كان الكفيل قد تكفل بالمهر في حالة صحته صحت الكفالة ،

سواء أكان كل من الزوجين أو أحدهما وأرثا للكفيل أم غير وارث ، وسواء أكان المهر أقل من ثلث تركة الكفيل أم أكثر من الثلث •

(٢) إذا كان الكفيل قد تكفل في مرض موته وكان كل من الزوجين غير وارث له صحت الكفالة بالمهر ان كان في حدود ثلث تركة الكفيل ، وما زاد على الثلث لا تصح الكفالة به الا اذا اقرها الورثة ، وذلك لان الكفالة تبرع - كما قلنا - والتبرع في مرض الموت وصية ، والوصية تنفذ في حدود الثلث فقط وما زاد على الثلث لا ينفذ الا برضا الورثة •

(٣) إذا كان الكفيل قد تكفل في مرض موته وكان أحد الزوجين أو كلاهما من ورثته لا تصح الكفالة مطلقا الا برضا الورثة ، لان الكفالة في مرض الموت وصية ولا تصح الوصية لوارث • والجعفرية يرون صحة الكفالة في هذه الصورة ما دام المهر في حدود ثلث التركة بناء على ما ذهبوا اليه من صحة الوصية للوارث (١) •

ثم أنه اذا صحت الكفالة برضا الكفيل والمكفول له ، كان للزوجة حق مطالبة كل من الزوج والكفيل ، لان الكفالة بمعناها الشرعي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة • وقال الجعفرية للزوجة مطالبة الكفيل وليس لها حق في مطالبة المكفول عنه وهو الزوج ، لان الكفالة عندهم انتقال الدين من ذمة المكفول عنه الى ذمة الكفيل (١) • وعلى هذا اذا أدى الزوج المهر للزوجة برئت ذمته ، وسقط حق الزوجة في مطالبة الكفيل •

واذا أداه الكفيل وكان الزوج أجنبيا عنه أو ابنا له ليس في ولايته فان كان قد تكفل باذنه رجع عليه بما أدى ، وان كان قد تكفل بغير اذنه

(١) في مصر صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وهو خاص بتنظيم احكام الوصية، وفيه أن الوصية تجوز للوارث كما تجوز لغير الوارث ، وبمقتضى هذا القانون يكون العمل في مصر الآن مخالفا لمذهب الحنفية وموافقا لمذهب الجعفرية •
(١) مسائل الخلاف ج١ ص ٢٤٤ •

لا يرجع بشيء لانه يعتبر متبرعا •

واذا أداه الكفيل عن الزوج وكان الزوج ابنا له في ولايته فليس له حق الرجوع عليه غنيا كان الابن أو فقيرا ، الا اذا أشهد الاب عند الكفالة أو الإداء أنه سيرجع عليه ، وذلك لان العرف جرى على أن يتبرع الآباء بمهور الابناء ، فيكون الإداء مع عدم الاشهاد على الرجوع أمارة التبرع •

واذا مات الاب قبل الإداء - في حالة اعتباره متبرعا بما تكفل به - كان للزوجة أخذ مهرها من تركته ، ولباقي الورثة حق الرجوع على الزوج في نصيبه من ميراث أبيه •

واذا كان الكفيل عن الصغير غير الاب رجع على الصغير بما أدى أشهد أو لم يشهد ، لان غير الاب لا يتبرع بالمهر عادة •

ثم ما الحكم فيما لو زوج الاب ابنه الصغير أو من في حكمه بمقتضى ولايته عليه ولم يتكفل بالمهر عنه ؟ هل يطلب الاب بالمهر ؟ وهل يعد ضامنا له باقدامه على تزويجه ؟ •

الجواب : ان كان للابن مال كان للزوجة أن تطالب أباه بأن يدفع لها مهرها من مال ابنه ، وكان على الاب أن يؤديه لها من مال الابن بمقتضى ولايته عليه في ماله • وهذا باتفاق •

وان لم يكن للابن مال ، فالراجح من مذهب الحنفية أن المهر يلزم ذمة الزوج وليس للزوجة أن تطالب الاب بمهرها لانه ليس أصيلا وانما هو عاقد وحقوق الزواج - ومنها المهر - ترجع الى الاصيل وهو الزوج كما علمت من قبل • وكذلك ليس الاب كفيلا حتى تطالبه بمقتضى الكفالة لانه لم يوجد منه ما يدل على كفايته بالمهر صراحة أو ضمنا •

وذهب المالكية والشافعية والجعفرية والامام أحمد في رواية عنه الى أن الاب اذا تولى تزويج ابنه الفقير صغيرا أو كبيرا كان مطالبا بالمهر لان

الزوجة أو أولياءها ما رضوا زواجه مع فقره الا من أجل أييه فكان الاب مسئولاً عرفاً عن المهر ، والعرف جرى بأن الآباء يتحملون مهوور الابناء ، وبأن الابن يعتبر قادراً بقدرة أييه • قالوا : وما أداه الاب في هذه الحالة لا يرجع به على ابنه لانه بمنزلة ما ينفقه عليه، فهو متبرع لا يحق له الرجوع به حتى ولو بعد يسار الابن •

ونرى أن ما ذهب اليه المالكية ومن وافقهم أقوى حجة، وأولى بالاختيار مما ذهب اليه الحنفية •

١٩ - هلاك المهر واستهلاكه : -

إذا كان المهر معيناً في العقد مثلياً أو قيمياً - فقبضته الزوجة ثم هلك بأفة سماوية أو بفعل نفسه أو استهلكته الزوجة فهلاكه عليها ، ولا ترجع على الزوج بشيء ، لانه هلك على ملكها وفي يدها ، وذمة الزوج برئت بتسليم المهر لها • وان استهلكه الزوج أو اجنبي رجعت بمثله أو بقيمته على المستهلك منهما لأن من أتلف ملك غيره لزمه ضمانه •

أما قبل قبض الزوجة له، فان هلك أو استهلكه الزوج فضمانه عليه ، لان ذمته لا تبرأ من ضمانه الا بالتسليم • وان استهلكته الزوجة فلا ترجع على الزوج بشيء ، لانها ستوفت حقها باهلاكها له • وان استهلكه أجنبي فالزوجة بالخيار ، ان شاءت رجعت على المستهلك ، وان شاءت رجعت على الزوج وهو يرجع على المستهلك «^١» •

(١) فرضنا هلاك المهر واستهلاكه في المتعين بالتعيين لانه هو الذي تجري فيه هذه الاحكام أما غير المتعين كمائة دينار وعشرة قناطير من القطن بدون تعيين لعشرة بذاتها فلا تجري فيه هذه الاحكام لان حق المرأة لم يتعلق بشيء بعينه حتى يقال انه هلك أو استهلك وانما تعلق حقها بذمة الزوج فلا تبرأ منه الا بالاداء أو الإبراء .

٢٠ - استحقاق المهر :-

إذا كان المهر معيناً فاستحق كله بأن تبين أنه ملك لغير الزوج ، فعلى الزوج ضمان مثله إن كان مثلياً وقيسته إن كان قيمياً ، ولا فرق في هذا بين كون الاستحقاق قبل القبض أو بعده •

أما إن استحق بعض المهر كنصفه مثلاً ، فإن كان المهر مثلياً أخذت النصف الذي لم يستحق ورجعت بشئ النصف المستحق على الزوج • وإن كان قيمياً كدار مثلاً ، فهي بالخيار ، إن شاءت أخذت نصفها ورجعت بقيمة النصف الآخر على الزوج وكانت شريكة للمستحق ، وإن شاءت أخذت كل قيمة الدار وتركتها لأن الشركة هنا عيب طارئ وقد لا ترضى به • هذا إن كان حقها في المهر كله ، أما إن كان حقها في نصف المهر فقط ، كأن طلقها قبل الدخول ، فليس لها إلا نصف الدار وتكون شريكة للمستحق لأن الشركة حاصلة على أية حال استحق النصف أو لم يستحق ، فلم يكن عيب الشركة طارئاً حتى يثبت لها الخيار •

٢١ - زيادة المهر ونقصانه :-

المراد بزيادة المهر ، ما يحدث فيه من نماء وولادة ونحوهما والمراد بالنقصان ، ما يطرأ عليه من عيب كهزال الدابة ، وتصدع الدار • وهذا غير ما تقدم من زيادة الزوج على أصل المهر المسمى ، أو حط الزوجة منه • واليك حكم كل من الزيادة والنقصان :

حكم الزيادة :

الزيادة الطارئة على المهر تارة تكون متصلة غير متولدة كالبناء في الأرض ، وتارة تكون متصلة متولدة كسمن الحيوان ، وتارة تكون منفصلة غير متولدة كأجرة الدار ، وتارة تكون منفصلة متولدة كولد الحيوان • أما الزيادة المتصلة غير المتولدة ، فهي لمن أنشأها ، ولا تلتحق بالمهر بحال • وأما باقي الزيادات ، وهي الثلاثة الأخيرة فحكمها ما يلي :

إذا حصلت الزيادة في المهر قبل قبضه، فإن كان قد تقرر كل المهر للزوجة بالدخول أو غيره، كانت كل الزيادة لها لأنها نماء ملكها • وإن كان قد تقرر نصف المهر، بأن طلقها قبل الدخول، كانت الزيادة مناصفة بين الزوجين لأنها نماء ملكهما • وإن سقط حق الزوجة في المهر كله، بأن كانت الفرقة بسببها، كانت الزيادة كلها للزوج لأنها نماء ملكه • (١)

أما إذا حصلت الزيادة في المهر بعد قبضه، فهي للزوجة خاصة سواء تقرر كل المهر، أم نصفه، أم سقط كله (٢)، لأن الزيادة حصلت بعد ما تقوت ملكية الزوجة للمهر بالقبض، ولأنه بالقبض دخل في ضمانها، فكما يكون هلاكه عليها يكون نماءه لها، لأن الخراج بالضمنان • هذا هو الراجح من مذهب الحنفية • أما الجعفرية فقالوا إن الزيادة الطارئة على المهر إن كانت حاصلة قبل الطلاق تكون للزوجة خاصة، وإن كانت حاصلة بعد الطلاق فهي بين الزوجين مناصفة •

حكم النقصان :

أما النقصان، فإن كان طارئاً على المهر قبل قبضه، وكان شيئاً يسيراً اغتفر لأنه يتسامح فيه عادة • وإن كان النقصان فاحشاً ولم يكن لأحد دخل فيه، فللزوجة الخيار بين أخذ قيمته يوم التسمية وبين أخذه على حاله دون أن يكون لها حق في الرجوع على الزوج بقيمة النقصان لأنه لم يكن بسبب منه • وإن حدث النقصان بفعل الزوج، فالزوجة بالخيار بين أخذ قيمته يوم التسمية وبين أخذه على حاله مع رجوعها على الزوج بقيمة النقصان حيث كان بسبب

(١) مذهب أبي حنيفة في الزيادة المنفصلة غير المتولدة كغلة الدار، إنها كلها للزوجة على أية حال •

(٢) في حالة عودة نصف المهر أو كله للزوج، إن كانت الزيادة متولدة متصلة كسمن الحيوان يتعذر رد نصف المهر أو كله للزوج بدون الزيادة التي هي حق الزوجة لذا كان الواجب رد قيمة النصف أو قيمة الكل يوم تسليم المهر للزوجة على الراجح • وكذا الحكم مع الزيادة المتصلة غير المتولدة، وكذا المنفصلة المتولدة وما في حكمها كضمنان النقصان •

منه • وان حدث النقصان بفعل أجنبي فالزوجة بالخيار بين أخذ قيمته يوم التسمية والزواج يرجع بقيمة النقصان على الأجنبي، وبين أن تأخذه بئاله وترجع هي بقيمة النقصان على الأجنبي دون الزوج لان ضمان المتلفات على المتلف خاصة • وان حدث النقصان بفعل الزوجة فليس لها حق الرجوع على أحد • هذا كله لو تأكد حق الزوجة في كل المهر، أما لو استحقت نصفه فقط فكذلك يثبت لها كل الخيارات المتقدمة •

وأما ان كان النقصان طارئاً على المهر بعد قبضه، فان تأكد حق الزوجة في المهر كله فلا ترجع الزوجة بالضمان الا على المتسبب في النقصان • وان تقرر لها نصف المهر، فان كان النقصان لا دخل لاحد فيه فالزوج بالخيار بين أن يرجع على الزوجة بنصف قيمة المهر يوم قبضها له، وبين أن يأخذ نصفه على حاله دون أن يضمها قيمة النقصان حيث لم تكن متعدياً • وان كان النقصان بفعل الزوجة فالحكم كما تقدم، لان المهر بالقبض دخل في ملكها، وتصرف الإنسان في ملكه لا يكون تعدياً • وان كان النقصان بفعل أجنبي أو بفعل الزوج فليس للزوج الا قيمة النصف يوم قبضه، «^١» وللزوجة حق الرجوع بقيمة النقصان على الأجنبي أو الزوج، لان الزوج بعد تسليم المهر هو والأجنبي سواء في حكم التعدي عليه - هذا كله اذا وقع النقصان بعد القبض وقبل الطلاق، أو بعد القبض وبعد الطلاق قبل الحكم برد النصف • أما اذا حصل بعد القبض وبعد الطلاق والحكم بالرد استرد الزوج نصف الاصل وضمنها نصف قيمة النقصان سواء أكان النقصان بأفة سماوية أم بتعد منها، أم بتعد منه، وذلك لان الطلاق لما كان قبل النقصان كان حق الزوج في النصف سالماً من النقصان • أما اذا كان النقصان بفعل أجنبي فللزوج نصف قيمة المهر يوم القبض، وضمن الأجنبي كل النقصان للزوجة «^٢» ••

(١) لان الأجنبي ومن في حكمه اذا ضمن النقصان كان ما يضمنه كالزيادة المنفصلة المتولدة لأنه بدل جزء من العين فيمنع تنصيف الاصل بالطلاق قبل الدخول •

(٢) انظر فتح القدير ج٢ ص ٤٥٥ - ٤٥٨ • والبدائع ج٢ ص ٢٩٩ - ٣٠٢ •

٢٢ - قضايا المهر :-

قبل الكلام عن قضايا المهر يجدر بنا أن ننبه الى بعض الاصول الشرعية المقررة حتى يتيسر لنا أن نسير في مباحث قضايا المهر على بينة ووضوح ، فنقول :

- (أولاً) - كل دعوى مستحيلة ، أو ينكرها العقل والعرف لا تقبل .
- (ثانياً) - البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر، فمن ادعى دعوى عليه اثباتها بالبينة، فإن عجز وجهت اليمين الى المنكر .
- (ثالثاً) - البينات تقام على خلاف الظاهر، لان من لا يشهد له الظاهر يعتبر مدعياً فيطالب بالبينة، ومن يشهد له الظاهر يعتبر منكراً فيطالب باليمين .
- إذا علمت هذا ، فاعلم أن قضايا المهر كثيرة غير محصورة، لذا تقصر البحث على أكثرها وقوعاً بين الناس ، وهي قضايا المسائل الآتية :
- (أ) الاختلاف في قبض المهر (ب) الاختلاف في أصل التسمية (ج) الاختلاف في مقدار المسمى (د) الاختلاف في مهر السر ومهر العلانية (هـ) الاختلاف فيما قدمه الزوج للزوجة ، أهو من المهر أم هدية ؟ - واليك التفصيل :

(أ) - الاختلاف في قبض المهر :

الاختلاف في قبض المهر قد يقع قبل الدخول، وقد يقع بعده . فان وقع قبل الدخول ، بأن ادعى الزوج أنه سلم الزوجة كل المعجل أو بعضه وهي تنكر ذلك قبلت دعواه وعليه اثباتها بالبينة، فان عجز عنها وجهت اليمين اليها فان حلفت سقطت دعواه، وان نكلت حكم له بما ادعى .

وان وقع الاختلاف بعد الدخول، فان ادعت الزوجة أنها لم تقبض شيئاً من المهر وهو ينكر ذلك ويدعى أنه سلمها معجل مهرها، رفضت دعوى الزوجة، لان العرف يكذبها حيث جرت عادة الناس أن لا تزف الزوجة الا بعد قبض مقدم مهرها . نعم ان كان العرف على خلاف ذلك قبلت دعواها ، وعلى الزوج أن يقيم البينة على دعواه التسليم، فان عجز عنها فالقول للزوجة مع يمينها .

وان ادعت أنه سلمها بعض معجل المهر وهو ينكر ذلك ويدعى أنه سلمها المعجل كله، قبلت دعواها وعليه أن يقيم البينة على دعواه فان أقامها قضى له بما ادعى وان عجز فالقول قولها مع يمينها، وان نكلت حكم بما ادعاه الزوج • هذا ولا فرق في كل ما تقدم بين كون الاختلاف بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر، أو بين ورثة كل منهما • وفي كل ما تقدم ترد اليمين على المدعى عند نكول المنكر عند الجعفرية •

(ب) - الاختلاف في أصل التسمية :

إذا وقع الاختلاف بين الزوجين في أصل التسمية فادعى أحدهما تسمية معلومة كمائة دينار مثلاً، وأنكر الآخر وجود التسمية بالكلية، فان أثبت مدعى التسمية دعواه بالبينة حكم بها، وان عجز وجهت اليمين الى المنكر، فان نكل ثبتت التسمية، وان حلف قضى بمهر المثل بشرط ألا يزيد على مائة ان كان مدعى التسمية هو الزوجة، ولا ينقص عنها ان كان مدعى التسمية هو الزوج • وانما يقضى بمهر المثل في هذه الحالة لان مدعى التسمية عجز عن اثباتها، ومنكرها حلف على عدم وجودها فلم تثبت، وحيث لم تثبت يرجع الى الاصل وهو مهر المثل • هذا اذا وقع الاختلاف حال قيام الزوجية، أو بعد زوالها وتأكد حق الزوجة في المهر كله • أما اذا وقع الاختلاف بعد الطلاق وقبل الدخول فان ثبتت التسمية كان للزوجة نصف المسمى وان لم تثبت كان لها المتعة لا تزيد على نصف المسمى ان كانت الزوجة هي المدعية للتسمية ولا تنقص عن نصفه ان كان الزوج هو المدعي •

واذا وقع الاختلاف في التسمية وعدمها بين أحد الزوجين وورثة الآخر فالحكم عين ما تقدم • والجعفرية كالحنفية في كل ما تقدم الا أنهم يردون اليمين على المدعى عند نكول المنكر •

واذا وقع الاختلاف بين ورثة الزوجين فكذلك الحكم عند أبي يوسف ومحمد والجعفرية • وقال أبو حنيفة : ان ثبتت التسمية حكم بها، وان لم

ثبت فالقول لمن ينكرها مع يمينه ، ثم لا يقضي بشيء لورثة الزوجة لان التسمية لم تثبت، ومهر المثل ساقط الاعتبار لتعذر معرفته، لان موت الزوجين معناه موت أقرباهما وتقادم العهد، ولأنا لو أجزنا القضاء بمهر المثل للورثة لأجزناه لورثة الورثة . . . وهكذا يلزم التسلسل ويتبعه اشتداد تقادم العهد وعدم امكان الوقوف على مهر المثل . هذا رأي أبي حنيفة رحمه الله ، ولكن يظهر أن هذا مفروض في الموت الذي طال عليه العهد، أما الموت القريب الذي لا يتعذر معه معرفة مهر المثل كموت الزوجين في شياهما فالظاهر أن يكون الحكم عند أبي حنيفة كالحكم عند صاحبيه وان كان ظاهر عبارات بعض الكتب لا تفرق بين تقادم العهد وعدم تقادمه «١» .

(ج) - الاختلاف في مقدار المسمى :

إذا اختلف الزوجان في قدر المسمى فأدعت الزوجة أن المسمى مائة دينار مثلاً وادعى الزوج أن المسمى خمسين فقط، فذهب أبو يوسف الى أن الزوجة تدعى الزيادة والزواج ينكرها، وإذا فعلى الزوجة أن تقيم البينة لاثبات دعواها فان أقامتها حكم لها بما ادعت، وان عجزت طواب الزوج باليمين فان نكل ثبت ما ادعته الزوجة، وان حلف حكم بما ادعاه الا أن يكون ما ادعاه شيئاً تافهاً لا يتصور أن يكون مهراً لمثلها، وحينئذ يقضي لها بمهر المثل بشرط ألا يزيد على ما تدعيه . وهذا ايضاً رأي الجعفرية ويقولون برد اليمين على المدعى عند نكول المنكر .

وذهب أبو حنيفة ومحمد الى أن كلا منهما يعتبر مدعياً ومنكراً، فالزوج يدعى أن مهرها خمسون، وأنه يلزمها الدخول في طاعته بإيفائها المعجل ، وينكر الزيادة التي تدعيها الزوجة ، والزوجة تدعى الزيادة وتكر أن له الحق في ادخالها في طاعته حتى يوفيهما لها أو ما اشترط تعجيله منها . وعلى هذا فمن أقام منهما البينة على دعواه قضى له، وان أقامها جميعاً يحكم مهر المثل فان

كان يشهد للزوجة — بأن كان مساويا لما قالته أو قريبا منه — قبلت بينة الزوج .
وان كان مهر المثل يشهد للزوج قبلت بينة الزوجة، لان البينات تقام على
خلاف الظاهر — كما قلنا — والظاهر هنا هو مهر المثل فالبينة التي تخالفه
هي المقبولة . وان كان مهر المثل لا يشهد لواحد منهما بأن كان وسطا بين
ما يدعيه الزوج وما تدعيه الزوجة تعارضت البينتان فيحكم بسقوطهما ويقضي
بمهر المثل . وان لم يكن لاحدهما بينة فالقول قول من يشهد له الظاهر
— وهو مهر المثل — فان كان لا يشهد لواحد منهما وجهت اليمين الى كل منهما
ليحلف على نفي دعوى الآخر واثبات دعواه، فان حلفا جميعا أو نكلا جميعا
حكم بمهر المثل، وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى لمن حلف على من نكل .
هذا هو الحكم عند اختلاف الزوجين في قدر المسمى، وهو نفس الحكم
فيما لو كان الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، وكذا هو نفس الحكم
فيما لو كان الخلاف بين ورثة الزوجين، الا أن أبا حنيفة رحمه الله يرى — عندما
يكون الخلاف بين ورثة الزوجين — أنه لا يحكم مهر المثل ، ولا يحكم به لما
عرفت من مذهبه — وفي كل ما تقدم يجري العمل والفتوى على رأي أبي يوسف .
وذهب الجعفرية الى أنه اذا اختلف ورثة الزوجين في قدر المسمى فالقول
لورثة الزوج ويلزمهم ما يعترفون به .

(د) — الاختلاف في مهر السر ومهر العلانية :

يحدث في كثير من الاحيان أن يتفق الزوجان على مهر في السر ويعلنا عن
مهر أكثر منه رياءً وسمعة . وفي هذه الحالة قد يجري العقد في العلانية فقط،
وقد يجري في السر فقط، وقد يجري في السر مرة وفي العلن اخرى، وعلى كل
قد يكون مهر السر والعلن من جنس واحد كالدنانير، وقد يكونا من جنسين
كدنانير في السر، ودارٍ معينة في العلن، وعلى كل قد يقع الاتفاق بين الزوجين
على أن مهر السر للسمعة فقط، وقد يختلفان، أي المهرين هو المعتبر ؟ — واليك
حكم ذلك كله :

(أولا) حكم المهر ان أجرى العقد على مهر العلانية فقط :

ان اتفق الزوجان في السر على مهر دون اجراء العقد، ثم تعاقدوا في العلانية على أكثر ، وكان جنس المهر واحدا في الحالتين، فان اتفقا على أن مهر السر للسمعة فالمهر مهر السر ويعتبر مذكورا عند العقد ضمننا لاتحاد الجنس • وان اختلفا فالمهر مهر العلقن ما لم يبرهن الزوج على أن الزيادة للسمعة

وان اختلف جنس المهر، فان اتفقا على أن مهر السر للسمعة فالواجب مهر المثل، لان مهر السر لم يذكر عند العقد فلا يكون معتبرا، وما ذكر عند العقد لم يتفق عليه فلا يكون معتبرا كذلك فيصار الى الاصل وهو مهر المثل • وان اختلفا فالقول قول الزوجة ويحكم بالمسمى عند العقد • وان اتفقا سرا بلا عقد على أن المهر مائة دينار ثم تعاقدوا في العلانية على أن لا مهر فالمهر ما ذكر في السر، لانه لم يوجد ما يوجب الاعراض عنه • أما ما يحدث في بعض الاحيان من اتفاق على مهر في السر ثم يجري العقد علنا على مهر أقل تهربا من الرسوم المقررة مثلا فالاشبه أن يحكم في هذه الحالة بمهر السر أيضا •

(ثانيا) حكم المهر ان أجرى العقد على مهر في السر ثم أعلن بلا عقد

مهر الأكثر :

الحكم في هذه الحالة : أنهما ان اتفقا على أن ما أعلنه للسمعة فالمهر مهر السر • وان اختلفا فالقول للمرأة في دعوى الجد فيما أعلنه ويحكم بمهر العلانية ألا أن يكون الزوج قد أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن مهرها هو ما ذكر سرا واقام البينة على ذلك فيحكم بمهر السر •

(ثالثا) حكم المهر ان أجرى العقد على مهر في السر ، ثم أجرى على مهر

أكثر في العلن :

اذا تعاقد الزوجان في السر على مهر، ثم تعاقدوا ثانيا على مهر أكثر منه ، فان اتفقا أو أشهدا أن الزيادة سمعة ، فالمهر ما ذكر عند العقد في السر • وان لم يشهدا واختلفا، فعند أبي يوسف والجعفرية، المهر مهر السر وهو ما ذكر في

العقد الاول ، لانه وقع صحيحا ، والعقد الثاني بعد الاول لغو . وعند أبي حنيفة ومحمد، المهر هو مهر العلق وهو ما ذكر فى العقد الثانى، ويعتبر كأنه غير كلامه وزادها على المهر الاول من جنسه أو من غير جنسه «١» .

(هـ) — الاختلاف فيما قدمه الزوج للزوجة، أهو مهر أم هدية ؟ : —

إذا أعطى الزوج زوجته قبل الزفاف أو بعده شيئا من النقود، أو الحلى أو الثياب، ولم يذكر وقت اعطائه لها أنه هدية أو من المهر، ثم اختلفا بعد ذلك، فالزوجة تقول هو هدية، والزوج يقول هو من المهر ، فأيهما أقام البينة على دعواه قضى له بها . وان أقامها جميعا قدمت بينة الزوجة لانها تثبت خلاف الظاهر، اذ الظاهر مع الزوج لان الانسان يعمل أولا لاسقاط ما فى ذمته . وان عجزا جميعا عن البينة حكمتنا العرف فيكون القول قول الزوجة مع يسنها فيما يجري العرف باهدائه، ويكون القول قول الزوج مع يسنه فيما لم يجر العرف باهدائه . وان اشتبه العرف وتعذر تحكيمه، كان القول قول الزوج مع يسنه لانه هو المعطى فيرجع اليه فى بيان غرضه من الاعطاء ، ولان الظاهر أنه يريد اسقاط ما فى ذمته .

(١) هذا رأى ذكره ووجهه صاحب فتح القدير ، وذكر ايضا نقولا عن ابي حنيفة تدل على أنه يرى المهر مجموع ما ذكر فى العقدين ، اتحد الجنس أو اختلف ، وقال فى الفتح تمهيدا لهذه النقول (. . .) ويخال أيضا أنه يجب الالفان « يريد المذكورة فى العقد الثانى » مع الالف « يريد المذكورة فى العقد الاول » فتجتمع عليه ثلاثة ، لان الاول قد ثبت ثبوتها لا مرد له ، والمفروض له كون الثانى زيادة فيجب بكماله مع الاول « — وفى حاشية ابن عابدين « المهر هو الثانى ويكون جميعه زيادة على الاول لو من خلاف جنسه ، والا فالزيادة بقدر ما زاد على الاول » — وفى الحق ان هذه المسألة اضطربت فيها النقول ونسبة الاقوال لأئمة الحنفية ، وقد اخترنا ما ذكرناه من بين هذه الآراء ، لانه هو الانسب فى رأينا — راجع فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٣—٤٤٥ وراجع حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٠٨—٥٠٩ .

واذا ثبت أن ما أرسله الزوج من المهر، فإن كان من جنسه وقعت المقاصة .
وان كان من غير جنسه وكان باقيا فهي بالخيار، ان شاءت رده واستوفت
مهرها كاملا، وان شاءت احتسبته من مهرها واستوفت الباقي . وان كان
هالكا ، فإن كان مثليا فلها أن ترد مثله وتأخذ مهرها، وان كان قيميا احتسبت
قيمته من المهر ورجعت على الزوج بالباقي .

٢٣ - الجهاز وقضاياه :-

أ - هل تلزم الزوجة بالجهاز ؟

علمت فيما تقدم أن المهر ملك الزوجة تتصرف فيه كيف تشاء ما دامت
رشيدة ، وعلمت أن المهر حق مشروع لها جعل في مقابلة البضع اظهارا لشرف
المحل وصونا لها عن الابتذال، وعلى هذا فليس المهر في مقابلة جهاز تعده
الزوجة وتزف به الى زوجها، وما دام الامر كذلك فليس من الواجب على
الزوجة أن تقوم أو يقوم وليها بتجهيز بيت الزوجية، وليس لاحد أن يجبرها
على ذلك ، وانما على الزوج وحده أن يقوم باعداد ما يلزم من متاع، لان
النفقة عليه ومنها المسكن وما يلزمه من متاع .

نعم ، قد تقوم المرأة أو وليها باعداد الجهاز، وما يلزم من أثاث وأدوات،
والعرف جار بهذا بين الناس، والمرأة بذلك متبرعة، والمتاع ملكها، وليس
للزوج حق الانتفاع به الا باذن منها .

ولكن قد يحدث أن يقدم الزوج للزوجة بعد الاتفاق على المهر قدرا من
المال فوق مهرها، ويصرح بأن هذا في نظير اعداد الجهاز ، وحينئذ تكون
ملزمة بالجهاز في حدود ما زادها على المهر، وان لم تنفذ كان له الحق في أن
يسترد ما أعطى، وكان عليها أن تردده اليه الا اذا سكت بعد الزفاف عن
المطالبة مدة تدل على رضاه فانه يسقط حقه ولا يخاصم فيه .

وقد يحدث أن يبالغ الزوج في المهر ويزيده عن مهر المثل، ويقصد من
وراء هذا أن تقوم الزوجة باعداد الجهاز أو باعداد جهاز على حالة خاصة دون
أن يفصل الزيادة عن المهر، وهنا يختلف فقهاء الحنفية فقريق يقول : لا يجب

عليها اعداد الجهاز ، لان المهر - بالغاً ما بلغ - حق الزوجة لا في مقابلة الجهاز ، وهذا مذهب الجعفرية • وفريق آخر يقول بل تلزم الزوجة باعداد الجهاز في حدود الزيادة لانه مازادها في مهرها الا من أجل أن تقوم بالجهاز من جانبها ، فان لم تفعل كان لها مهر المثل فقط، وهذا نظير ما لو زادها عن مهر مثلها نظير وصف مرغوب فيه، فان وجد الوصف كان لها المسمى، وان تخلف كان لها مهر المثل لا غير •

هذا مذهب الحنفية والجعفرية • أما المالكية فيرون أن الزوجة الرشيدة التي لها قبض مهرها اذا قبضت الحال منه قبل بناء الزوج بها، فانه يلزمها أن تتجهز به على العادة من حضر أو بدو ، حتى لو كان العرف شراء خادم أو دار لزمها ذلك ، ولا يلزمها أن تتجهز بأزيد منه، فان دخل بها قبل القبض فلا يلزمها التجهز الا اذا كان هناك شرط أو عرف «١» • وعلى هذا فللزوجة أن ينتفع بجهاز زوجته وان كان ملكها سواء أذنت له أو لم تأذن، بشرط أن يكون الانتفاع في حدود ما تعارف الناس عليه • ونرى أن مذهب المالكية أولى بالقبول، لانه يسائر العرف ويهدف الى مبدأ التضامن والتعاون بين الزوجين على مواجهة تكاليف الحياة •

ب - قضايا الجهاز :

قضايا الجهاز كثيرة تقتصر منها على اثنتين فقط لاهميتها :

(الاولى) - اذا اشترت المرأة أو اشترى لها ابوها جهازاً من مهرها أو

من مالها دخل في ملكها بمجرد الشراء •

وان اشتراه أبوها من ماله الخاص، فاما أن يصرح عند الشراء أنه متبرع

به ، واما أن يسكت ولا يصرح بشيء •

فان اشتراه من ماله وصرح أنه متبرع به، فان كانت البنت كبيرة وليست

في ولاية أبيها، وكان الاب في حال صحته وقت شراء الجهاز وتسليمه لها، صح

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٢١-٣٢٢ •

تبرعه ودخل الجهاز في ملكها بالقبض، وليس للاب ولا لورثته من بعده حق استرداده أو استرداد شيء منه ، لان التبرع هبة يتم ملكها بالقبض ويمتنع الرجوع فيها لوجود القرابة الرحمية •

وان كان الاب مريضاً مرض الموت وقت الشراء والتسليم أو وقت التسليم فقط لا يصح التبرع لانه في مرض الموت يكون وصية، والوصية لو ارث لا تجوز الا برضا بقية الورثة، وعليه فان أجاز الورثة التبرع دخل الجهاز في ملكها ، وان لم يجيزوه كان من ضمن تركة الاب فيقسم بين ورثته وهي منهم فلها نصيبها فيه •

وان كانت البنت صغيرة أو في حكم الصغيرة وكان الاب قد اشترى الجهاز حال صحته صح التبرع، ودخل الجهاز في ملك البنت بمجرد الشراء ، ولا يتوقف ملكها له على قبضها بنفسها ، لانها في ولاية أبيها ، فيده يدها ، وقبضه بمثابة قبضها ، ولذا لا يلتفت الى التسليم وكونه حال الصحة أو حال المرض كما هو الشأن بالنسبة للبنت الكبيرة • أما ان اشترى للصغيرة أو لمن في حكمها وهو في مرض الموت فلا يصح التبرع لانه يكون وصية، والوصية لو ارث لا تجوز الا برضا الورثة • والجعفرية - كما علمت من قبل - يجيزون الوصية للوارث • وقانون الوصية المعمول به في مصر يجيزها للوارث أيضا • وعلى هذا فالتبرع بالجهاز في مرض الموت نافذ بشرط أن يكون في حدود ثلث التركة وما زاد فمتوقف على رضا باقي الورثة •

أما ان اشترى الاب الجهاز من ماله وسكت عند شرائه ولم يصرح بشيء ، ثم اختلف مع بنته ، فهو يقول انه عارية ، والبنت تقول انه هبة فالحكم ان من أقام منهما البينة على دعواه قضى له بها • وان أقامها جميعا حكم العرف فان كان يؤيد دعوى الاب قبلت بينة البنت، وان كان يؤيد دعوى البنت قبلت بينة الاب ، لان البينات تقام على خلاف الظاهر كما علمت • وان كان العرف لا يشهد لواحد منهما تهاترت البينتان وكان القول للاب مع

يمينه ، لانه هو المعطى وقوله يكشف عن قصده، وقيل القول للبنت مع يمينها لانها صاحبة اليد ، واليد دليل الملكية ظاهرا • وان عجزا جميعا عن البينة فالقول لمن يشهد له العرف مع يمينه وان كان العرف لا يشهد لواحد منهما فالقول للاب مع يمينه لانه هو المعطى، وقيل للبنت مع يمينها لانها صاحبة اليد • هذا هو الحكم فى الخلاف بين الاب وابنته ، وهو عين الحكم لو كان الخلاف بين الام وبنتها ، أو بين الجد وبنت ابنه ، لان تجهيز الام أو الجد كتجهيز الاب عرفا ، وهو عين الحكم أيضا بالنسبة لورثة هؤلاء جميعا •

(الثانية) — ان اختلف الزوجان فى متاع البيت الذي يسكنانه فادعى كل منهما ملكيته، فالحكم أنه ان أقام أحدهما البينة على دعواه حكم له بها • وان اقاماها جميعا قبلت بينه من لا يشهد له الظاهر ، فان كان الظاهر يشهد للزوجة بأن كان المتنازع فيه مما يصلح لها خاصة كأدوات زينتها قبلت بينة الزوج، وان كان الظاهر يشهد للزوج بأن كان المتنازع فيه مما يصلح له خاصة كثيابه الخاصة قبلت بينة الزوجة ، وان كان الظاهر لا يشهد لواحد منهما بأن كان المتنازع فيه مما يصلح لهما كالسرر والبسط والآنية تهاترت البيتان وكان القول قول الزوج مع يمينه، لان الظاهر معه حيث ان البيت وما فيه تحت يده • وان عجزا جميعا عن البينة فالقول قول الزوج مع يمينه فيما يصلح له خاصة ، وللزوجة مع يمينها فيما يصلح للنساء خاصة باتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه • أما ما يصلح لهما معا فقال أبو حنيفة ومحمد : القول قول الزوج مع يمينه ، لانه صاحب اليد على البيت وما فيه «١» فكان الظاهر معه ، وقال ابو يوسف : القول قول الزوجة مع يمينها فيما تجهز به عادة ، والعادة ظاهر يشهد

(١) ولا يلتفت الى ما للزوجة من يد على البيت ، لان يدها يد حفظ ، فهي كيد الوديع لا تدل على الملك ، أما يد الزوج فيد تصرف ، واليد المتصرف يد ملك فكانت هي الاقوى .

لها ، وما زاد على ذلك فالقول فيه للزوج مع يمينه ، لان وضع اليد عليه ظاهر يشهد له •

هذا اذا كان الخلاف بين الزوج والزوجة ، أما اذا كان بين ورثتهما ، أو بين أحدهما وورثة الآخر فالحكم عين ما تقدم على الخلاف السابق غير أن أبا حنيفة جعل القول للزوجة مع يمينها ان كان الخلاف بينها وبين ورثة الزوج لانها صاحبة اليد فكان الظاهر معها «١» •

ومذهب الجعفرية في الاختلاف الذي يقع في متاع البيت بين الزوجين ، أو بين أحدهما وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما ، ان ما يصلح للنساء يحكم به للزوجة أو ورثتها ، وما يصلح للرجال يحكم به للزوج أو ورثته ، وما يصلح للرجال والنساء يقسم بين الزوج والزوجة ، أو بين ورثتهما ، أو بين أحدهما وورثة الآخر ، ما لم تقم بينة على خلاف ذلك فيقضي بها •

« الحق الثاني من حقوق الزوجة » - النفقة

١ - تعريفها :-

النفقة بمعناها العام اسم لما ينفقه الانسان على زوجته وأقاربه ومماليكه • وكلامنا هنا عن نفقة الزوجة ، وهي ما تحتاج اليه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وأثاث وكل ما يلزمها على جهة الكفاية «١» وعلى ما يجري به عرف الناس •

(١) ولا يلتفت ليد ورثة الزوج لان يد الزوجة سابقة على يد الورثة حيث كان لها يد في حياة الزوج الا انها كانت مغلوقة بيد الزوج فلمامات ظهرت ، أما يد الورثة فطارئة بعد موت الزوج • وايضا يد الزوجة يد اصيلة ، ويد الورثة خلف فلا تعارض ما هو الاصل •

(١) وفي مسائل الخلاف ج٢ ص ١٢٨ أن نفقة الزوجات مقدرة وهي مد قدره رطلان وربيع •

٢ - حكم النفقة والدليل عليه :-

النفقة حق واجب للزوجة على زوجها ، ودليل ذلك القرآن والسنة والاجماع والعقل .

أما القرآن، فقوله في شأن الزوجات « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقوله في شأن المطلقات ، وهو يدل بالأولى على وجوب النفقة للزوجات « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن » ... الى أن قال « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاه » .

وأما السنة ، فأحاديث كثيرة ، منها قوله عليه الصلاة والسلام « اتقوا الله في النساء فانكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

وأما الاجماع ، فقد انعقد من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على وجوب النفقة على الزوج لزوجته ، ولم يخالف في ذلك أحد .
وأما العقل ، فيقضي أن كل من حبس نفسه لمصلحة غيره وجب على ذلك الغير أن يقوم بنفقته لعدم تفرغه لحق نفسه ، كالقاضي يستحق نفقته من بيت المال، لانه حبس نفسه لمصلحة الدولة، والزوجة قد حبست نفسها لحق زوجها، وتفرغت لشئون بيتها، فوجب نفقتها على زوجها عملا بالاصل العام « كل من حبس نفسه لحق غيره ومنفعته فنفقته على من احتبس لاجله » .

٣ - سبب استحقاق الزوجة للنفقة :-

للنفقة على جهة العموم أسباب ثلاثة : الزوجية ، والقراية ، والملك .
أما لنفقة الخاصة بالزوجة فسببها العقد الصحيح بشرط احتباس الزوجة وقصرها نفسها على زوجها ليتمكن من الاستمتاع بها والاتفاف بثمره الزوجية وليس بلازم وجود الاحتباس بالفعل ، بل يكفي أن يوجد منها الاستعداد

له وعدم الامتناع من الدخول في طاعة الزوج •

٤ - شروط استحقاق النفقة :-

مما تقدم يتبين أن الزوجة تستحق النفقة على زوجها اذا توفرت الشروط الآتية :

- (١) أن يكون العقد صحيحا ،
- (٢) أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية •
- (٣) أن لا يفوت على الزوج حقه في احتباس الزوجة بغير مبرر شرعي وبسبب ليس من جهته •

٥ - متى تجب النفقة للزوجة ومتى تسقط ؟ :-

وعلى ضوء الشروط المتقدمة يمكن معرفة متى تجب النفقة للزوجة على زوجها ومتى تسقط ، واليك التفصيل :

(أولا) تجب النفقة للزوجة في الحالات الآتية :

أ - اذا لم يفت على الزوج حقه أصلا ، بأن كانت الزوجة صالحة للحياة الزوجية وانتقلت فعلا الى بيت الزوج ، أو لم تنتقل ولكنها مستعدة للنقلة ولا تمنع فيها ، لان التسليم موجود حقيقة أو حكما •

ب - اذا فوتت الزوجة على الزوج حقه بمبرر شرعي يبيح لها عدم الدخول أو عدم البقاء في طاعته ، كما لو امتنعت من تسليم نفسها لعدم اعطائها معجل مهرها ، أو لعدم اعداد المسكن الشرعي لها ، أو تركت بيت الزوج لانه لا يؤمن على نفسها أو مالها •

ج - اذا فات على الزوج حقه بسبب منه لا منها ، كما لو كان صغيرا لا يصلح للمعاشرة وهي تصلح لها (١) ، أو كان به ما يمنعه من مباشرة الزوجة

(١) اعتمدنا من مذهب الجعفرية ما ذكره صاحب الاحكام الجعفرية في ص٤٢ من أن الزوجة تستحق النفقة بالتمكين ولو كان الزوج صغيرا لا يقدر على المعاشرة . ولكن ذكر الطوسي في مسائل الخلاف ج٢ ص ١٢٨ أنه اذا كانت الزوجة كبيرة والزوج صغيرا لا نفقة لها وان بذلت التمكين •

كالمرض أو أحد العيوب الجسدية ، أو كان مجبوسا في جريمة أو دين عليه ،
أو غير ذلك من كل ما يرجع فوات الحق معه الى الزوج وحده •
(ثانيا) تسقط نفقة الزوجة في الحالات الآتية :

أ — اذا كان عقد الزواج باطلا أو فاسدا ولو سلمت المرأة نفسها لمن عقد
عليها لان التسليم في هذه الحالة فساد يجب رفعه ، ولهذا لو تزوج رجل من
امرأة وسلمها النفقة ثم تبين له فساد العقد كان له حق الرجوع عليها بالنفقة
ان كانت بفرض القاضى • أما ان كان أعطاها النفقة بدون فرض القاضى فليس
له حق الرجوع • والفرق بين الحالتين : أنه بالقضاء يكون ملزما بالدفع اليها
بناء على كونها مستحقة للنفقة ، فاذا ظهر عدم استحقاقها رجع عليها بما أدى ،
اذ مع الالتزام بالاداء بعد الفرض ينتفى احتمال التبرع ، بخلاف ما لو اعطاها
مختارا دون فرض ولا الزام ، حيث يكون احتمال التبرع قائما ، والنفقة شبيهة
بالصلة فلا يرجع فيها ، وهذا مذهب الجعفرية أيضا الا أنهم قالوا : اذا كان
الزوج يعتقد الوجوب عليه وكان يدفع لها بهذا العنوان لا تبرعا فله حق
الرجوع على المرأة بما اعطى •

ب — اذا كانت الزوجة صغيرة لا يمكن الانتفاع بها لا فى الاستمتاع ،
ولا فى الائتناس ، ولا فى الخدمة وهذا باتفاق بين الحنفية والجعفرية لان
احتباسها وعدمه سواء •

والزوجة الصغيرة التى لا يمكن الدخول بها ، ولكن يمكن الانتفاع
بها فى الخدمة والمؤانسة ، لا نفقة لها عند أبى حنيفة ومحمد والجعفرية ، لان
المقصود من الزواج لا يمكن استيفاءه منها • وقال أبو يوسف ان نقلها الزوج
الى بيته وامسكها للائتناس بها وجبت لها النفقة ، لان الاحتباس وان كان
ناقصا لا يؤدى الى كل المقصود من الزواج الا أن الزوج قد رضى به ناقصا
حيث نقلها الى بيته ، ولو لم ينقلها ما وجبت لها نفقة • وهذا الرأي هو المفتى
به فى مذهب الحنفية •

ج - اذا كانت الزوجة مريضة مرضا يمنعها من الانتقال الى بيت الزوج فلا نفقة لها باتفاق لان الاحتباس غير ممكن ، واذا فات الاحتباس فات ما يقابله وهو النفقة •

أما ان كانت الزوجة مريضة مرضا لا يمنعها من الانتقال الى بيت الزوج ولكن يمنع من مباشرة الزوج لها فالصحيح المقتضى به أنها تستحق النفقة بعد الانتقال بالفعل وكذا قبله ما دامت لا تمنع فيه لان المرض طارئ قابل للزوال، والزواج ملحوظ فيه الدوام ، فلا تسقط فيه الحقوق بالامور العارضة التي لا دخل للانسان فيها ، وحسن المعاشرة بين الزوجية يقضى بوجوب النفقة وعدم سقوطها بعراض المرض •

أما اذا زفت الزوجة الى زوجها غير مريضة ، ثم مرضت عنده فلها نفقتها سواء أبقاها في بيته • أو ردها الى بيت أبيها ، فان طلبها بعد ما ردها كان عليها أن تعود اليه فان امتنعت وكانت تستطيع العودة ولو محمولة سقطت نفقتها • وان عجزت عن العودة بأية صورة لا تسقط نفقتها لانها مع العجز لا تكون ناشئة (١) •

د - اذا نشزت الزوجة بأن تركت بيت الزوج وخرجت عن طاعته، أو أبت أن تنتقل اليه بدون مبرر شرعي • ويلحق بهذا منعها الزوج من دخول بيتها الذي تملكه ويقيم معها فيه بدون أن يسبق منها طلب تحويلها الى بيت له • والزوجة الناشئة يسقط حقها في النفقة مدة نشوزها ، فان عادت الى طاعة الزوج عادت لها نفقتها من حين عودتها ، وليس لها حق في المطالبة بالنفقة

(١) يرى فقهاء الاحناف أن نفقات علاج الزوجة من أجره الطبيب وثمان الدواء وما سوى ذلك لا يلزم الزوج، لانه ليس من النفقة . وانما علاجها ونفقاته من مالها ان كانت غنية، ومن مال من تلزمه نفقتها على فرض عدم زواجها ان كانت فقيرة . ولكن مقتضى العشرة بالمعروف قيام الزوج بكل ذلك ما دام قادرا ، وهذا أقل ما يكون من وفاء الزوج لزوجته .

عن مدة نشوزها ، لان الساقط لا يعود ، بل ذهب فقهاء الحنفية الى أن نفقتها المتجمدة على الزوج قبل النشوز تسقط بالنشوز ولو كانت مفروضة بحكم القاضى ، الا ما استدانته بالفعل باذن الزوج أو القاضى فانه لا يسقط بالنشوز وانما يسقط بالاداء أو البراء لا غير •

هـ - اذا حبست الزوجة قبل الزفاف أو بعده ولو ظلما فى غير حق للزوج سقط حقها فى النفقة مدة حبسها ، لان حق الزوج قد فات بسبب لا دخل له فيه • وعن أبى يوسف أن حبسها بعد الزفاف بغير حق لا يفوت حقها فى النفقة لانه لا دخل لها فى ذلك ولا قبل لها بدفعه فكانت معذورة • أما ان حبست فى حق لزوجها فلها النفقة باتفاق بين الحنفية ، لان السبب من جانبه فهو الذى فوت حق نفسه • وقال الجعفرية ان حبست فى دين تقدر على ايفائه فلا نفقة لها مدة حبسها الا اذا كان الزوج هو الذى حبسها فى دين له ، ولا تسقط النفقة مع عجزها عن التخلص من الحبس •

و - اذا غصبت الزوجة ، بأن أخذها انسان كرها وحال بينها وبين زوجها مدة سقطت نفقتها مدة غصبها ، لفوات حق الزوج بسبب ليس من جهته ، وذهب الجعفرية وهو رواية عن أبى يوسف الى أن لها النفقة ان تحقق الاكراه وتعذر عليها تخلص نفسها لان تقويت الحق على الزوج ليس بسبب منها •

ز - اذا سافرت الزوجة وحدها أو مع غير محرم أو محرم ، أى سفر كان ولو لاداء فريضة الحج سقط حقها فى النفقة لانها فوتت على الزوج حقه ، هذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وذهب ابو يوسف والجعفرية الى أن الزوجة لو سافرت بعدا الزفاف لاداء فريضة لحج مع محرم لها كأبيها أو أخيها كان لها الحق فى نفقة الاقامة ، لان اداء الفريضة ضرورة شرعية يحتمل معها فوت حق الزوج •

واذا سافرت الزوجة مع زوجها ، فان كان الزوج هو الذى أراد السفر وأخذها معه كان لها نفقة السفر • وان كانت هي التى أرادت السفر وأخذته معها ، أو كان كل منهما مريدا للسفر كان لها نفقة الاقامة فقط •

واذا أراد الزوج أن يسافر بزوجه فأبت أن تسافر معه ، فإن كانت مسافة السفر مسافة قصر — وهي مقدرة بما يستغرق قطعه ثلاثة أيام على الأقل بالسير الوسط مع الراحة المعتادة — فلا تسقط نفقتها لان لها الحق في الامتناع •

وان كان السفر دون مسافة القصر فامتنعت سقطت نفقتها حيث لا حق لها في الامتناع • ولا فرق بين كون السفر من مصر الى مصر ، أو من مصر الى قرية ، أو من قرية الى مصر • وقيل ان كان السفر من مصر الى مصر فلا حق لها في الامتناع الا أن كان الزوج غير مأمون عليها • وقيل غير ذلك •

والاولى — في مسألة السفر بالزوجة — أن تترك الامر الى المفتي أو القاضى لينظر فيه على ضوء من واقع الحال ، ثم يفتي أو يحكم فيه برأيه ، لان الزوج الذي تضيق به سبل العيش في بلد ويريد السفر الى أخرى أوفر رزقا وأيسر عيشا ، أو الموظف الذي ينقل بحكم وظيفته من بلد الى بلد أو من قطر الى قطر لا نستطيع أن نحكم بجواز امتناع زوجته عن السفر معه • وعكس ذلك الزوج الذي لا ير من السفر بزوجه الا مجرد الاضرار بها وإبعادها عن أهلها ، أو الزوج الذي يريد السفر بزوجه ليتمكن من ايدائها أو من الاستيلاء على مالها ، الزوج الذي هذا قصده لا نستطيع أن نحكم بوجوب سفر زوجته معه أو يسقط حقها في النفقة • والمتأمل في قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) يستطيع أن يخرج بنتيجة هي عين ما ذكرناه ، ولا يقال ان الآية في شأن المطلقات ، لانها تدل بالاولى على نفس الحكم في غير المطلقات • والذي استقر عليه العمل الآن ، أن الزوج له حق السفر بزوجه الى أي بلد كان بشروط ثلاثة :

الاول : أن يكون الزوج أمينا على نفسها ومالها •

الثانى : أن لا يقصد من السفر الاضرار بها أو الكيد لها •

الثالث : أن يكون الزوج قد أوفاهما ما اتفقا على تعجيله من المهر •

وهذا الذي استقر عليه الرأي هو عين مذهب الجعفرية (١) •

ح — اذا كانت الزوجة محترفة عملا يضطرها الى أن تكون خارج البيت طوال النهار أو بعضه ، ثم تعود الى البيت بعد فراغها منه ، وكان ذلك بغير رضا الزوج وموافقته سقط حقها في النفقة لانها فوتت على الزوج حقه في الاحتباس الكامل •

أما ان كان ذلك برضا الزوج وموافقته ، فلا يسقط حقها في النفقة لانه يعتبر مسقطا بعض حقه ، وراضيا بالاحتباس الناقص •

أما اشتغال الزوجة بالحياكة او الخياطة في بيت الزوجية فليس للزوج أن يمنعها منه أو يمنعها النفقة بسببه ما دام لا يمنع ذلك من استيفاء الزوج حقه كاملا •

٦ - تقدير نفقة الزوجة :-

النفقة الواجبة للزوجة ، تشمل الطعام والكسوة والمسكن وكل ما تحتاج اليه الزوجة في معيشتها •

والاصل أن الزوج يقوم بالاتفاق على زوجته فيقدم لها الطعام ، ويعد لها الكسوة ، ويهيئ لها المسكن وكل ما تحتاج اليه ، فان قام بهذا كله ومكن الزوجة منه لم يكن لها أن تطلب فرض نفقة لها ، وان طلبت لا تجاب الى طلبها وهذا النوع من النفقة هو ما يسمى بنفقة التمكين •

واذا منع الزوج النفقة عن زوجته ، أو قصر فيها أو ماطل ، كان من حق الزوجة أن تطلب فرض نفقة لها ، فان قدرها الزوج وتراضيا عليها فيها ، والا فلها أن ترفع أمرها الى القاضي ، والقاضي يفرض لها النفقة بكل أنواعها ان قام الدليل على ما ادعت من المنع أو التقصير أو المماطلة • وهذا النوع من النفقة هو ما يسمى بنفقة التملك •

(١) انظر الاحكام الجعفرية ص ٤٢ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٢ ص ٤٩٥ - ٤٩٦ •

٧ - ما يجب أن يراعى عند تقدير النفقة : -

واذا أراد القاضى أن يقدر نفقة الزوجة فلا بد أن يراعى أمرين :

الاول : حال الزوج المالية دون التفتات الى حال الزوجة ، فان كان الزوج موسرا فرض لها نفقة اليسار ولو فقيرة وان كان معسرا فرض لها نفقة الاعسار ولو غنية . وان كان متوسط الحال فرض لها نفقة وسطا . وهذا قول صحيح فى مذهب الحنفية وهو أيضا مذهب الشافعية ، وعليه العمل الآن فى القضاء السني ، وهو الذي يشهد له قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاهها » .

وهناك قول آخر صحيح للحنفية وكان عليه العمل من قبل ، وهو ان النفقة تقدر بحسب حال الزوجين معا ، فان كانا موسرين فرض لها نفقة اليسار . وان كانا معسرين فرض لها نفقة الاعسار . وان كانا متوسطي الحال ، وكان أحدهما موسرا والآخر معسرا فرض لها نفقة وسطا . وعند فرض الوسط والزوج معسر يؤدي ما فى وسعه ، والباقي دين عليه يؤديه عند اليسار .

وهناك قول ثالث ضعيف فى مذهب الحنفية ، وهو المعتمد فى مذهب الجعفرية ، حاصله أن النفقة تقدر بحال الزوجة دون التفتات الى حال الزوج فان كانت موسرة فلها نفقة اليسار ولو كان الزوج فقيرا . وان كانت معسرة فلها نفقة الاعسار ولو كان الزوج غنيا . وان كانت متوسطة فلها نفقة الوسط ، وفى كل هذا يؤدي الزوج ما فى وسعه والباقي دين عليه الى الميسرة .

ثم انه كما يراعى عند الفرض حال الزوج يسارا واعسارا ، أو حالهما ، أو حال الزوجة على الخلاف ، يجب أن يراعى باتفاق حال الزوج من ناحية وقت القدرة على الاداء ، فان كان من أصحاب الدخل السنوي فرضت عليه لكل سنة . وان كان من أصحاب المرتبات الشهرية فرضت عليه لكل شهر ، وان كان ممن يتقاضون أجرهم يوما بيوم فرضت عليه لكل يوم . والجاري

عليه العمل الآن ان بعض القضاة يفرضها لكل شهر في الطعام ولكل ستة أشهر في الكسوة • وبعضهم يفرضها لكل شهر في الطعام والكسوة والسكن •
الثاني : حال الاسعار من ارتفاع وانخفاض، لان ما يفرض للزوجة انما هو ثمن لما يلزمها فيجب أن يراعى ذلك عند تقدير النفقة حتى لا يضار الزوج ولا تضار الزوجة •

واذا كان لابد من مراعاة حال الزوج المالية وحال الاسعار عند الفرض فلا بد من مراعاة ذلك أيضا بعد الفرض، فالزوجة التي فرضت لها نفقة الاسعار لفقر زوجها، أو قدرت لها نفقة في حال رخص الاسعار ثم حدث بعد ذلك أن أيسر الزوج أو ارتفعت الاسعار يجب على القاضي — بناءً على طلب الزوجة — أن يعدل نفقتها بما يتناسب مع ما صار اليه حال الزوج أو مع ما صارت عليه حال السوق من غلاء ، وكذلك العكس ان تبدل حال الزوج من غنى الى فقر، أو تبدلت حال السوق من غلاء الى رخص يجب على القاضي أن يعدل النفقة بناءً على طلب الزوج •

كذلك اذا تبين أن القاضي أخطأ في تقدير النفقة بالزيادة أو النقصان كان عليه أن يراجع نفسه ويعدل المفروض ، بناءً على طلب من يهمه الامر من الزوجين •

٨ - أنواع النفقة الواجبة للزوجة : -

قلنا ان النفقة الواجبة للزوجة تشمل الطعام والكسوة والمسكن والخدام ولنتكلم على كل نوع من هذه الانواع الاربعة على التفصيل :

(النوع الاول) - نفقة الطعام :

يجب على الزوج أن يقدم لزوجته كفايتها من الطعام بمجرد العقد الصحيح سواء انتقلت الى بيته ، أو لم تنتقل وكانت مستعدة للانتقال، مع امكان استيفاء أحكام الزواج منها في الجملة ، فان بخل عليها فامتنع عن النفقة أو قصر أو ماطل فيها وطلبت منه أن يفرض لها نفقة معلومة من الطعام فأبى ،

أو فرض لها مالا يقوم بكفائتها ، كان لها أن ترفع الامر الى القاضي — كما قلنا — وعلى القاضي بعد التأكد من ظلم الزوج لها أن يفرض لها نفقة الطعام مع مراعاة حال الزوج المالية وحال الاسعار ارتفاعا وانخفاضا عند بدء التقدير وبعده حتى لا يضار أحد الزوجين • ومذهب الجعفرية أن النفقة تتغير بتغير الاسعار غلاء ورخصا ولا تتغير بتغير حال الزوجين أو أحدهما يساراً واعساراً وهي معتبرة بحال الزوجة وحدها •

والنفقة المفروضة يجوز أن تكون أصنافا من الطعام يكلف الزوج باحضارها للزوجة ، ويجوز أن تكون مقدارا معيناً من المال تعطاه الزوجة وتتولى هي بنفسها شراء ما يلزم لها •

(النوع الثاني) — الكسوة :

وكذلك تجب الكسوة على الزوج لزوجته، ويراعى فيها عند الفرض ما يراعى في تقدير نفقة الطعام من حال الزوج عسر ويسر عند الحنفية وحال الزوجة عند الجعفرية ومن حال السوق غلاء ورخصا باتفاق • ويجوز أن تفرض أنواعا من الثياب يكلف الزوج باحضارها للزوجة ، أو تفرض مبلغا من المال تعطاه الزوجة وتشتري هي لنفسها ما يلزم لها •

ولما كان ما يحتاجه الانسان من ثياب في الصيف غير ما يحتاجه منها في الشتاء كان على الزوج أن يكسو زوجته كسوة في الصيف ، وكسوة في الشتاء ، وان امتنع فرض القاضي عليه ذلك عينا أو نقدا •
ولما كان لكل بلد لباس خاص وجب أن يراعى عرف البلد الذي يقيم فيه الزوجان •

واذا فرض القاضي كسوة للزوجة ثم اتضح انه أخطأ في تقديره كان عليه أن يتدارك هذا الخطأ بتقدير جديد يرفع به الظلم عن الزوج أو الزوجة ، فمثلا لو فرض القاضي للزوجة كسوة لمدة ستة أشهر ثم تبين أن هذه الكسوة تمزقت بالاستعمال المعتاد قبل مضي المدة كان عليه أن يفرض لها كسوة اخرى

يرفع بها عنها ظلم التقدير السابق • أما لو بليت الثياب قبل مضي المدة بالاستعمال فوق المعتاد فلا يفرض لها كسوة أخرى لأنه لم يتبين خطؤه في التقدير السابق • وكذا لا يقضي لها بكسوة أخرى لو فقدت كسوتها بنحو سرقة أو غصب لأنها ملكتها بالاستلام فضمانها عليها والزوج برئت ذمته بالتسليم فلا ترجع عليه بشيء •

وإذا فرض القاضي كسوة للزوجة ثم اتضح — بعد الاستعمال المعتاد وبعد مضي المدة المقررة لها — أنها لا زالت صالحة للاستعمال فليس للقاضي أن يفرض لها كسوة أخرى لأنه تبين خطؤه في التقدير حيث بقيت الكسوة وقتاً فوق الوقت الذي قدره لها • أما لو بقيت الكسوة فوق المدة المقررة لعدم استعمالها أو لاستعمالها مع كسوة أخرى فعلى القاضي فرض كسوة أخرى لها بمجرد انتهاء المدة لأنه لم يظهر خطؤه إذ لو أنها استعملتها وحدها بليت في المدة المقررة •

(النوع الثالث) — نفقة المسكن :

ويجب على الزوج أن يقوم باسكان زوجته في مسكن يراعى فيه حاله المالية ويراعى فيه أيضاً أن يكون بحيث تتوفر فيه للزوجة حياة الاستقرار والراحة والبعد عن كل ما يعكر صفو الحياة الزوجية ، فإن لم يتم الزوج بهذا من تلقاء نفسه كان للزوجة أن ترفع أمرها الى القاضي ، وكان على القاضي أن يفرض على الزوج اسكانها في دار على حدة ، أو في بيت من دار ، أو في حجرة من بيت حسب يسار الزوج أو اعساره ، على المفتي به من مذهب الحنفية ، وحسب يسار الزوجة أو اعسارها عند الجعفرية ، ومذهب الحنفية يشهد له قوله تعالى « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » •

وإذا وجبت السكنى وكان المسكن حق الزوجة فليس للزوج أن يسكن معها أحداً من أقاربه بغير رضاها لأنها تتضرر بذلك ، وقد تخشى ممن يسكن معها على نفسها أو مالها ، وقد يمنعها ذلك من تمام المعاشرة مع زوجها •

واستثنى الحنفية ابنه الصغير غير المميز من غيرها فأباحوا له اسكانه معها ولو بغير رضاها • وأباح الجعفرية اسكانه ان لم تتضرر به وكان ذلك موافقا لعادة أمثالها • وعلة هذا الاستثناء أن الصغير غير المميز لا يخشى منه على نفس أو مال ، ولا يفوت بوجوده تمام العشرة الزوجية •

وكما لا يجوز للزوج اسكان أحد مع زوجته بغير رضاها كذلك لا يجوز للزوجة اسكان أحد معها في بيت الزوجية بغير رضا الزوج حتى ولو كان ابنها الصغير غير المميز من غيره، لان البيت ملك الزوج فلا يجبر على أن يسكن فيه من لا تلزمه سكناه •

وما دما قد اشترطنا في المسكن أن تتوفر فيه راحة الزوجة فيجب على الزوج أن يختار لها مسكنا غير موحش، له جيران صالحون مأمونون ، فلو أسكنها في دار موحشة لا جيران لها ، أو لها جيران لا تأمنهم على نفسها أو مالها ، كان لها حق طلب النقلة الى مسكن آخر ، وعلى الزوج اجابتها الى ما تريد • وإذا جمعها في مسكن واحد مع ضرثها أو مع أحد أقاربه كأمه أو اخته فطلبت النقلة الى مسكن مستقل وجب عليه اجابة طلبها •

وإذا كان يسكنها مع ضرثها أو أحد أقاربه في دار واحدة وكل في بيت من الدار على حدة فطلبت النقلة الى بيت بعيد عن ضرثها أو أقاربه كان عليه أن يجيئها الى النقلة بالنسبة للضرة ولو لم يكن منها ايذاء مطلقا ، لان مجرد وجود الضرة بالتقرب منها ايذاء لها • أما بالنسبة للأقارب فلا يجب عليه تحقيق رغبتها في النقلة لمجرد قربهم منها ، نعم ان تحقق أنهم يؤذونها بالقول أو بالفعل كان عليه أن ينقلها الى مسكن بعيد عنهم منعا للاذى الذي ينالها منهم •

وإذا لم يقيم الزوج باعداد المسكن الشرعي للزوجة كان على القاضي أن يفرض للزوجة بدلا ماليا لسكنائها مراعى في تقديره حال الزوج أو الزوجة على الخلاف بين الحنفية والجعفرية ، ومراعى أيضا اجور المساكن ارتفاعا وانخفاضا • ومراعى مع ذلك ما يجري عليه العرف في حال المسكن وما يشتمل عليه من متاع •

(النوع الرابع) - نفقة الخادم :

واذا كان الزوج معسرا فلا يجب عليه نفقة خادم لزوجته لان الواجب عليه أدنى نفقة الكفاية وهي تكتفي بخدمة نفسها •

واذا كان موسرا فلها نفقة خادم أو اكثر تبعا لیساره ولحاجة الزوجة الى الخدمة ، وهذا رأي أبي يوسف وهو مذهب المالكية • وقال أبو حنيفة ومحمد والجعفرية ليس على الزوج اكثر من نفقة خادم واحد لان فيه الكفاية وما زاد عليه فضرب من الترف لا يكلف به الزوج ، والقنوی - فی مذهب الحنفية - على رأي أبي يوسف لانه موافق للعرف فمن الناس من يكتفي بخادم واحد ، ومنهم من يحتاج الى أكثر ، وما دام الامر يمشی مع الحاجة فلا وجه للقول بأن الزيادة عن الواحد ضرب من الترف لا يكلف به الزوج •

٩ - الاجراءات التي تتخذ مع الزوج عند امتناعه عن أداء النفقة المفروضة :

واذا امتنع الزوج عن أداء النفقة التي فرضها على نفسه أو فرضها القاضي عليه ، فان كان موسرا وله مال ظاهر باع القاضي من ماله جبراً عليه وأعطى الزوجة الثمن لتنفق منه على نفسها •

وان كان موسرا ولكن ليس له مال ظاهر كان للزوجة الحق في طلب حبسه وعلى القاضي أن يئذره ويؤنبه مرة أو مرتين على مباطلته ، فان تمادى في الماطلة حبسه ، وتقدير مدة الحبس موكول لرأي القاضي ، وعن أبي حنيفة أن أدنى مدة الحبس شهر ، وعنه ان أدناها ستة أشهر • والذي عليه العمل الآن في القضاء المصري أن مدة الحبس لا تزيد على شهر واحد •

والغرض من هذا الحبس عقوبة الزوج على مباطلته مع يساره ، وحمله على أن يقوم بالاتفاق على زوجته • ولا يسقط بالحبس دين النفقة ، ولا يمنع من بيع ما يظهر بعد ذلك من مال فيها ، لان الحبس ليس عوضا عن النفقة الواجبة ، وانما هو وسيلة للحمل على الاداء كما قلنا •

اما ان كان الزوج معسرا لا مال له أصلا ، أو له مال لا يستغنى عنه في حوائجه الاصلية ، فليس للقاضي حق حبسه لانه مع عجزه عن النفقة يكون حبسه ظلما ، وليس من وراء الحبس فائدة ترجى كما هو الشأن في حبس المورس من حملته على الاتفاق .

ولكن ماذا تفعل الزوجة ان ثبت عجز زوجها عن النفقة ؟ الذي تفعله أن تطلب من القاضي — بعد تقدير النفقة لها — أن يأذن لها في الاستدانة على الزوج ، فان أذن لها وجب على من تلزمه نفقتها من أقربائها — على فرض كونها غير متزوجة — أن يعطيها ما فرضه القاضي ويكون ديناً له على الزوج ، ولا يجوز للقريب في هذه الحالة أن يمتنع من اعطائها النفقة ، فان امتنع كان للقاضي — بعد أن ينذره — أن يحبسه حتى يعطيها النفقة ، وهو يرجع بها على الزوج اذا أيسر .

وهل للزوجة الحق في أن تطلب من القاضي أن يفرق بينها وبين زوجها لعجزه عن النفقة ؟ . الذي ذهب اليه الحنفية والجعفرية أن الزوجة لا حق لها في طلب التفريق ، وليس من حق القاضي أن يجيبها اليه ، لان التفريق ضرر يلحق الزوج ولا يمكن تداركه ، أما العجز عن النفقة فضرر يلحق الزوجة وفي الامكان تداركه بأن يأذن لها القاضي في الاستدانة ، كما أن العجز لا يدوم فقد تتبدل الحال ، ويغتني الزوج بعد فقر ، ويصبح قادرا على النفقة بعد عجزه عنها والله تعالى يقول في شأن المعسرين عامة « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » ويقول في شأن المعسرين من الازواج « لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها سيجعل الله بعد العسر يسرا » .

على هذا الرأي الذي لا يرى التفريق بسبب العجز عن النفقة ، يجري العمل الى الآن في العراق ، وكان العمل به أيضا في القضاء المصري الى سنة ١٩٢٠م ثم ترك العمل به من هذا التاريخ الى ما أخذ من مجموع مذهب المالكية والشافعية والحنابلة . وهو أنه يجوز للقاضي أن يفرق بين الزوجين بسبب

عجز الزوج عن النفقة ، أو بسبب امتناعه عنها مع القدرة عليها ، وتعتبر الفرقة هنا طلاقا رجعيا فللزوج الحق في مراجعة الزوجة ما دامت في العدة ، بشرط أن يثبت قدرته على النفقة ان كان التفريق بسبب عجزه عنها ، وبشرط أن يثبت استعداداه للاتفاق ان كان التفريق بسبب امتناعه مع قدرته •

١٠ - الكفالة بالنفقة :-

كثيرا ما تطلب الزوجة من الزوج أن يعطيها كفيلا بنفقتها وبخاصة عندما يكون الزوج لا مال له وانما لا يزال يعيش على مال أبيه • فهل الكفالة بالنفقة جائزة وتقع صحيحة أولا ؟

القياس أن الكفالة بالنفقة لا تجوز ، واذا وقعت وقعت باطلة ، لان الكفالة انما تجوز بالديون المعلومة الصحيحة ، والنفقة قبل فرضها لم يتقرر فيها شيء معلوم على الزوج فلم تكن دينا في ذمته حتى تصح الكفالة به • وبعد الفرض تكون دينا في ذمة الزوج ولكنه دين غير صحيح ، لان الديون الصحيحة هي التي لا تسقط الا بالاداء أو الابرأء ، والنفقة كما تسقط بالاداء أو الابرأء تسقط بامور اخرى كالموت والنشوز • نعم هناك حالة واحدة تكون النفقة فيها دينا صحيحا وهي ما اذا فرضت النفقة وأذن للزوجة في الاستدانة واستدانت بالفعل •

على هذا القياس سار الجعفرية فلم يجعلوا للزوجة الحق في أخذ كفيل بالنفقة جبرا على الزوج على أية حالة من الحالات •

وعلى هذا القياس أيضا سار أبو حنيفة بالنسبة للنفقة غير المفروضة فلم يجز الكفالة بها • أما النفقة المفروضة بالتراضي أو القضاء فقد خالف فيها القياس وقال بصحة الكفالة بها استحسانا عند خوف السفر وطول الغيبة، وعلى هذا فلو رفعت الزوجة أمرها الى القاضي تقول : ان زوجها يريد السفر وتخشى أن تطول غيبته فهي تطلب كفيلا عنه بالنفقة المفروضة كان على القاضي أن يجبر الزوج على اعطائها كفيلا بنفقة شهر واحد متى كانت النفقة مقررة شهرية حتى ولو كانت مدة السفر اكثر من شهر •

أما أبو يوسف فقد خالف القياس ، وجرى في مسائل النفقة على أصل الاستحسان فقال بصحة الكفالة بنفقة الزوجة مطلقا لا فرق بين كون النفقة مفروضة او غير مفروضة ، ولا بين كون الزوج مقيما او قاصدا سفرا ، ولا بين كون مدة سفره طويلة أو قصيرة ، وعلى هذا فللزوجة عند العقد حق طلب كون مدة سفره طويلة أو قصيرة • وعلى هذا فللزوجة عند العقد حق طلب الكفيل بالنفقة ما دامت الزوجية قائمة ، والزوج يجبر على اعطائها الكفيل ، والكفالة بنفقة الزوجية تنسحب على نفقة عدة الطلاق لبقاء بعض أحكام الزواج مدة العدة •

وليس من شك في أن هذا المذهب - مذهب أبي يوسف - أيسر وأرفق لما فيه من حفظ حق الزوجة ، مع عدم الاضرار بمصلحة الزوج ، لذا كانت الفتوى عليه ، وبه جرى العمل في القضاء الشرعي السني (١) •

١١ - نفقة زوجة الغائب :-

المراد بالغائب من يتعذر احضاره أمام القاضي لمخاصمته في النفقة التي تطالب بها زوجته ، سواء أكان مسافرا سفرا طويلا أم مختفيا في البلد الذي تقيم فيه الزوجة •

فاذا غاب الزوج وطلبت زوجته من القاضي أن يفرض لها نفقة عليه ، فاما أن لا يترك الزوج مالا ظاهرا ، واما أن يترك مالا ظاهرا من جنس النفقة كالنقود والمطعومات ، واما أن يترك مالا ظاهرا ليس من جنس النفقة كالعقارات والحيوانات ، فهذه ثلاث حالات لكل منها حكم خاص :

(الحالة الاولى) اذا لم يترك الزوج الغائب مالا ظاهرا :

اذا لم يترك الزوج الغائب مالا ظاهرا وطلبت الزوجة من القاضي فرض نفقة لها عليه كان على القاضي أن يفرض لها النفقة على زوجها ثم باذن لها في الاستدانة عليه ، ويجب على من تلزمه نفقتها من أقاربها - على فرض كونها

(١) انظر حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٢ ص ٦٦٨ - ٦٦٩ .
والاحكام الجعفرية ص ٤٧ •

غير متزوجة - أن يدينها وهو يرجع بها أعطاها على الزوج عند حضوره :
وليس هذا قضاءً على الغائب وانما هو اعانة لها على الوصول الى حقها •
وعلى القاضي - محافظة على حق الزوج - أن يحلفها اليمين - يمين
الاستيثاق - أنها زوجته تستحق النفقة عليه فليست ناشزة ، ولا مطلقة انقضت
عدتها ، ولا عجل لها النفقة ، وعلى القاضي أيضا ان يأخذ منها كفيلا بما
تستدينه على زوجها حتى يكون للدائن حق الرجوع على الكفيل ان ظهر أنها
لا تستحق النفقة •

واذا طلبت الزوجة في هذه الحالة - حالة كون الزوج لم يترك مالا
ظاهرا - التفريق بينها وبين زوجها الغائب لا تجاب الى طلبها عند الحنفية
وقال الجعفرية اذا غاب الزوج وجهل خبره ولم يكن للزوجة من ينفق عليها
وطلبت فسخ الزواج أجلها الحاكم أربع سنوات ويتحرى عنه فان لم يعرف
خبره تعتد عدة الوفاة ، ثم تحل للازواج بعد أن يطلقها ولي الغائب أو الحاكم •

(الحالة الثانية) - اذا ترك الزوج الغائب مالا ظاهرا من جنس النفقة :

اذا ترك الزوج الغائب مالا ظاهرا من جنس النفقة فاما أن يكون في
بيته وفي متناول الزوجة ، وأما أن يكون وديعة أو دينا على شخص • فان كان
في متناول الزوجة ورفعت أمرها الى القاضي ليفرض لها النفقة ، كان على
القاضي أن يفرض لها ثم يأمرها بأخذ المفروض من مال زوجها ، ولا يكون
هذا قضاءً على الغائب بل هو من باب اعانة صاحب الحق على الوصول الى
حقه ، اذ يجوز للزوجة شرعا أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها بالمعروف دون
حاجة الى قضاء •

واذا ترك الزوج مالا من جنس النفقة ولكنه ليس تحت يد الزوجة وانما
هو وديعة أو دين على شخص ما ، فان كان المودع أو المدين مقرا بالوديعة أو
الدين ، ومقرا بالزوجية ، فرض لها القاضي النفقة في ماله وأمر المودع أو المدين
أن يسلمها ما فرض لها من مال الزوج الذي عنده أو في ذمته ، لان اقرار

المودع أو المدين بالزوجية اعتراف منه بأن الزوجة لها حق فيما عنده من مال الزوج .

وان كان المودع أو المدين لا يعترف بمال عنده للزوج ولا بالزوجية ، أو يعترف بالمال فقط ، أو بالزوجية فقط ، فإن كان القاضي يعلم ما ينكره المودع أو المدين فرض لها النفقة وأمر المودع أو المدين بتسليمها ما فرض لها مما عنده للزوج ، وليس هذا من قبيل قضاء القاضي بعلمه ، بل هو من قبيل اعانة صاحب الحق على الوصول الى حقه .

وان كان المودع أو المدين ينكر الزوجية والمال أو ينكر واحدا منهما ، والقاضي لا علم له بما ينكره ، فمذهب أبي حنيفة وصاحبيه أنه لا تسمع دعوى الزوجة في قيام الزوجية أو في أن للزوج وديعة او دينا على المنكر لان شرط سماع الدعوى وجود خصم للمدعى ، ومن عنده المال ليس خصما للزوجة في شيء من ذلك . ومذهب زفر أنه تسمع دعوى الزوجة وتطلب منها البينة على ما أنكره المودع أو المدين فان أقامتها قضى لها بالنفقة وأمر المنكر بأدائها لها من مال زوجها الذي عنده ، ومع القضاء بالنفقة لا يقضي بالزوجية عند زفر لان ذلك قضاء على الغائب وهو لا يجوز ، وانما أجازه في النفقة لحاجة الزوجة اليها ، وهذا الرأي هو المفتى به وعليه العمل ، لان القضاء بالنفقة سد لحاجة الزوجة ، وليس فيه أضرار على الزوج الغائب لانه يحتاط لحقه بتحليفه يمين الاستيثاق ، وبأخذ كميل منها بما أخذت ليرجع عليه الزوج أن تبين عدم استحقاقها للنفقة . ومذهب الجعفرية أنه تسمع الدعوى ويطلب منها البينة ، فان أقامتها قضى لها بالنفقة وبالزوجية .

(الحالة الثالثة) - اذا كان للزوج الغائب مال ليس من جنس النفقة :

اذا كان للزوج الغائب مال ليس من جنس النفقة ، وطلبت الزوجة من القاضي أن يفرض لها نفقة على زوجها ، كان عليه أن يفرض لها ، ولكن ليس لها ولا للقاضي بيع شيء من مال الزوج في نفقتها المفروضة ، بل يؤجر من هذا

المال ما يصلح أن يؤجر وتعطى الزوجة نفقتها المفروضة من أجرته ، وهذا الحكم باتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه ، أما أبو حنيفة فلأنه يرى أن مال المدين لا يباع في دينه مطلقا ، وأما أصحابه فلأنهما يريان أن مال المدين لا يباع فيما عليه من دين الا اذا امتنع من أدائه ، ومع غيبته لم يثبت امتناعه -حتى يباع ماله فيما عليه من دين . ومذهب الجعفرية أنه يجوز أن يباع المتاع والعقار في نفقة الزوجة ان لم يكن للغائب مال من جنس النفقة ، وتحلف الزوجة يمين الاستيثاق ويؤخذ منها كفيلا بما أخذت .

هذا هو رأي الحنفية والجعفرية في نفقة زوجة الغائب . وقد كان العمل في مصر قبل سنة ١٩٢٠ على مذهب زفر لانه يحقق مصلحة الزوجة ولا يضر بمصلحة الزوج ، وفي سنة ١٩٢٠ صدر القانون رقم ٢٥ وهو يقضي بان نفقة زوجة الغائب تنفذ في ماله سواء أكان من جنس النفقة أم من غير جنسها ، كما يقضي بأنه يجوز للقاضي أن يطلق زوجة الغائب ان طلبت ذلك لغيبته وعدم استطاعتها الحصول على نفقتها ، وهذا نص المادة السادسة من القانون المذكور « اذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم بالنفقة في ماله ، فان لم يكن له مال ظاهر أعذر اليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا ، فان لم يرسل ماتنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للاتفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الاجل ، فان كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي . وتسري احكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة » .

١٢ - متى تكون النفقة ديناً على الزوج ؟ -

نفقة الزوجة واجبة على زوجها من وقت وجود سببها ، لا خلاف في ذلك بين الفقهاء ، ولكن قد لا يؤدي الزوج ما وجب عليه من النفقة لزوجته فتتفق هي على نفسها من مالها الخاص ، أو من مال غيرها ، فهل تكون نفقة المدة (م - ١٣ - أحوال)

التي أنفقت فيها على نفسها دينا على الزوج فترجع به عليه ؟ أو لا تكون دينا فلا ترجع عليه بشيء ؟

اختلف الفقهاء في ذلك ، فذهب الحنفية الى أن النفقة لا تصير دينا بمجرد عدم الاتفاق ، وانما يجري في ذلك التفصيل الآتي :

(أ) اذا لم تفرض للزوجة نفقة بالتراضي أو بالقضاء ، فأنفقت هي على نفسها من مالها أو من مال غيرها مدة شهر أو أكثر ، فليس لها أن ترجع على زوجها بما أنفقت ، لان النفقة لا تصير دينا على الزوج الا بعد تراضي الزوجين عليها ، أو حكم القاضي بها ، وذلك لان النفقة فيها معنى الصلة فلا يتأكد حق الزوجة فيها الا بالقضاء أو التراضي . ولا فرق في هذا الحكم بين كون الزوج لم ينفق على زوجته لغيبته ، أو لعسره ، أو لمجرد الامتناع مع يساره ، وقيدنا الحكم بمدة شهر أو أكثر ، لانها لو انفقت على نفسها مدة أقل من شهر كان ما أنفقته دينا على الزوج لها حق الرجوع به عليه ، لان ما دون الشهر هو المدة التي تمضي عادة حتى يتم التقاضي أو التراضي على النفقة ، فلو قلنا بسقوط النفقة فيها لكان اجحافا بالزوجة .

(ب) اذا فرضت النفقة بالقضاء أو بالتراضي ، ولم يأذن الزوج أو القاضي للزوجة في الاستدانة ، أو اذن لها ولكن لم تستدن بالفعل ، كان ما أنفقته على نفسها دينا على الزوج ، فلها أن تطالبه به ، وعليه أدائه لها بالغا ما بلغ ، طالبت المدة أو قصرت ، الا أن هذا الدين ضعيف غير صحيح فكما يسقط بالاداء أو البراء ، يسقط بنشوز الزوجة ، وبموت أحد الزوجين ، وبالطلاق بسبب من جهة الزوجة على الراجح . لان النفقة وان صارت دينا بالقضاء أو التراضي الا أن ما فيها من معنى الصلة يضعف معنى الدينية فكان سقوطها بغير الاداء أو البراء لهذا السبب .

(ج) اذا فرضت النفقة بالتراضي أو القضاء وأذن الزوج أو القاضي للزوجة في الاستدانة فاستدانت بالفعل ، كان ما استدانت دينا صحيحا على

الزوج لا يسقط الا بالاداء أو الإبراء ، لان معنى الدينية تأكيد بالاستدانة المأذون فيها ، اذ مع الاذن تكون استدانة الزوجة استدانة الزوج ، وما استدانة الزوج بنفسه لا يسقط الا بالاداء أو الإبراء ، فكذا ما استدانتته نيابة عنه بأذنه وهو ظاهر ، أو باذن القاضى لعموم ولايته على الزوج والزوجة • ثم أن صاحب الدين فى هذه الحالة له الحق فى أن يرجع على الزوج أو على الزوجة بما استدانتته ، بخلاف ما لو استدانت بغير اذن حيث لا يكون له حق الرجوع الا على الزوجة وحدها (١) •

هذا هو مذهب الحنفية وهو الذى عليه العمل الى الان فى العراق •
وزهب الجعفرية والمالكية والشافعية واحمد فى المشهور عنه الى أن النفقة الواجبة للزوجة لا تسقط عن الزوج بحال من الاحوال الا بالاداء أو الإبراء ، لان النفقة عندهم حق للزوجة على زوجها من حين العقد ، فلا يحتاج فى اثباته واستيفائه الى قضاء أو تراض ، ولا يسقط ما تراكم منها بغير الاداء أو الإبراء •

وقد أخذ المشرع المصري بهذا الرأي الاخير ، وترك العمل بمذهب الحنفية ، فقد نصت المادة الاولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ م على أنه (تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما ، دينا فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الاتفاق مع وجوبه ، بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ، ولا يسقط دينها الا بالاداء ، أو الإبراء) •

ولا شك أن العمل بهذا المذهب أولى لانه يحفظ على الزوجة حقها فى النفقة الواجبة لها على زوجها •

غير أن المشرع المصري أدرك فيما بعد أن هذا القانون أصبح أداة كيد فى يد بعض الزوجات ، فقد ثبت أن كثيرات منهن كن يتعمدن عدم المطالبة بالنفقة عدة سنوات حتى يتجمد منها مبلغ طائل يرهق الزوج ، ثم يطالبنه بعد ذلك بتجميد النفقة دفعة واحدة ، نكاية فيه ، وارهاقا له ••• أدرك المشرع

المصري هذا فتدارك الامر في الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونصها (لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لاكثر من ثلاث سنوات « ميلادية » نهايتها تاريخ رفع الدعوى) ولت القانون جعل الحد الاعلى للمطالبة بالنفقة الماضية سنة واحدة، اذاً لكان ذلك أرفق بالازواج، وأبعد عن كيد الكثير من الزوجات •

١٢ - الإبراء من دين النفقة : -

من المقرر شرعاً أن الإبراء لا يكون الا من دين ثابت في ذمة المدين • وقد علمت أن نفقة الزوجة قبل فرضها لا تكون ديناً في ذمة الزوج ، وعلى هذا فلا يصح إبراء الزوجة زوجها من نفقتها قبل فرضها لا عن الماضي ولا عن المستقبل لان الإبراء في هذه الحالة لا يصادف ديناً في ذمة الزوج فيقع لاغياً •

وإذا تم فرض النفقة صح إبراء الزوجة زوجها عن النفقة الماضية ، كما يصح إبراؤها إياه عن النفقة المستقبلية ، بشرط دخول أول مدتها ، فإن كانت مفروضة لكل شهر فدخل أول الشهر صح إبراؤه من نفقة ذلك الشهر لثبوتها في ذمته حيث انها تستحق في أوله ، وإن قدرت النفقة كل يوم ، أو لكل اسبوع ، أو لكل سنة فالحكم هو الحكم لا يتغير ، وعليه فلا يصح الإبراء عن نفقة مدة وراء المدة التي دخل أولها ، فإن أبرأته عن نفقة شهرين أو أكثر مثلاً لا يسري الإبراء الا على الشهر الذي دخل أوله ، وحينئذ يكون للزوجة الحق في مطالبته بنفقة غير الشهر الاول الذي سرى عليه الإبراء ، وعلة ذلك أن النفقة انما تفرض لمعنى يتجدد بتجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لا يتجدد الفرض ، وما لم يتجدد الفرض لا تكون نفقة الشهر واجبة ، وما لا يكون واجباً لا يتصور الإبراء منه •

وذهب الجعفرية الى أن الإبراء عن النفقة قبل فرضها وبعده صحيح بالنسبة للمدة الماضية ، أما نفقة المستقبل فيصح الإبراء منها عن يوم واحد دخل أوله سواء أكانت مفروضة عن كل يوم ، أم عن كل اسبوع ، أم عن كل شهر ، أم عن كل سنة •

١٤ - المقاصة بدين النفقة : -

إذا صارت نفقة الزوجة ديناً على الزوج بالقضاء أو الرضا ، وكان للزوج دين على زوجته فطلب أحدهما المقاصة - أي ان يسقط ما في ذمته في مقابلة مقداره مما في ذمة صاحبه - فاما أن يكون دين النفقة صحيحاً ، واما أن يكون ضعيفاً ، فان كان صحيحاً بان كانت النفقة مستدانة بالفعل باذن الزوج أو القاضي أجيب طالب المقاصة الى طلبه حتماً ، لاستواء الدينين في القوة •

وان كان دين النفقة ضعيفاً ، بأن كانت النفقة مفروضة ولكن لم يؤذن للزوجة في استدانتها ، فان كان طالب المقاصة هو الزوج أجيب الى طلبه حتماً لان دينه قوى ودين الزوجة ضعيف • وان كان طالب المقاصة هو الزوجة لا تجاب الى طلبها الا برضا الزوج ، لان دينه قوى ودينها ضعيف ، وصاحب الدين القوى لا يجبر على ترك دينه في مقابلة دين ضعيف •

وذهب الجعفرية الى أن الزوجة لو طلبت مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها لا تجاب لطلبها اذا كان الزوج غير ممتنع عن أداء نفقتها ، الا برضا الزوج • فان كان ممتنعاً عن أداء نفقتها وقعت المقاصة جبراً عليه ، وكذا لو كان ماله عليها مساوياً للنفقة المستحقة عليه • واذا طلب الزوج مقاصة دين نفقتها بماله عليها أجيب الى طلبه ان كانت موسرة وممتنعة عن أداء ما عليها ، فان كانت معسرة ، او كانت موسرة غير ممتنعة عن أداء ما عليها ، لا يجاب الى طلبه الا اذا تساوى ماله وما عليه فحينئذ تقع المقاصة جبراً •

وبعد ما عرفته من أن القضاء المصري اعتبر دين النفقة صحيحاً على أية حال ، - كما هو مذهب المالكية والشافعية والجعفرية - يتحتم بناء على هذا أن تقع المقاصة جبراً اذا طلبها الزوج أو الزوجة لاستواء الدينين في القوة •

هذا ، وقد وقعت في مصر محاولة تشريعية للاخذ بما ذهب اليه الحنابلة والجعفرية من أن الزوج اذا طلب المقاصة وزوجته معسرة لا يجاب الى طلبه ولا تجبر الزوجة عليها ، وكان غرض المشرع المصري من وراء هذه المحاولة

التي لم تتم أن يصون الزوجة عن التعرض للحاجة والحرمان ، فالنفقة ضرورة من ضرورات الحياة للزوجة ، وليس من العدل أن تجري المقاصة فيما لا غنى لها عنه ، ومن المقرر شرعا أن قضاء الدين إنما يجب في الفاضل عن حوائج الانسان الضرورية ، ولا شك أن هذا الرأي فيه رفق ورحمة بالزوجة المعسرة .

١٥ - تمجيل النفقة :-

إذا عجل الزوج لزوجته نفقة شهر أو شهرين مثلا ثم حصل في أثناء هذه المدة ما يوجب سقوط النفقة كالنشوز أو موت أحد الزوجين ، فليس للزوج ولا لاحد من ورثته بعد موته حق في استرداد شيء من النفقة المعجلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن النفقة لها شبه بالصلة ، والصلات يتم ملكها بالقبض ، ويمنع من الرجوع فيها كونها بين الزوجين .

وذهب محمد بن الحسن والشافعي وابن حنبل والجعفرية ، الى أنه يحسب للزوجة نفقة ما مضى ويسترد منها الباقي ، لأنها تستحق النفقة جزاء احتباسها ، وبعد النشوز أو الموت فات الاحتباس فلا يكون لها حق في النفقة عن المدة الباقية فيجب رد ما يقابلها .

١٦ - نفقة المعتدة :-

المعتدة اما أن تكون معتدة من طلاق رجعي ، أو معتدة من طلاق بائن ، أو معتدة من وفاة . أو معتدة من فسخ الزوجية لسبب يستوجبها ، ولكل حكمهما :

فالمعتدة من طلاق رجعي لها النفقة باتفاق ، سواء أكانت حاملا أم غير حامل لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملكا ولا حلا . وأما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى ، فلها النفقة بأنواعها الثلاثة (الطعام والكسوة والمسكن) عند الحنفية سواء أكانت حاملا أم غير حامل لعموم قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » فهو يشمل جميع المطلقات سواء أكان الطلاق بائنا أم كان رجعيا ، وسواء أكانت المرأة حاملا أم غير حامل ، وعام القرآن

لا يخصص الا بدليل قطعي ، ولم يوجد •

وقال الجعفرية لا نفقة للمعتدة من طلاق بائن أو خلع ان كانت غير حامل لان المبتوتة أو المخالعة قد زالت زوجيتها التي هي سبب استحقاقها للنفقة ، وانعدام السبب يستتبع انعدام المسبب ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يفرض لفاطمة بنت قيس نفقة وقال لها (لا نفقة لك ولا سكنى) وكانت مبتوتة وهذا ايضا ، رأي ابن حنبل وابن أبي ليلى ، وبه قال الشافعي في النفقة خاصة أما السكنى فقال بوجودها للمبتوتة لعموم قوله تعالى في المطلقات « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » •

وان كانت المبتوتة أو المخالعة حاملا فلها النفقة عند الجعفرية والشافعية حتى تضع حملها ، كما هو مذهب الحنفية لقوله تعالى « وان كن أولات حمل فانتقوا عليهن حتى يضعن حملهن » •

وأما المعتدة من وفاة فلا حق لها في شيء من النفقة بكل أنواعها الثلاثة حاملا كانت أو غير حامل ، وهذا باتفاق بين الحنفية والجعفرية ، لان مال الزوج انتقل بوفاة لورثته • وإذا فلا مال للزوج حتى تأخذ منه الزوجة نفقتها التي لم تصدرينا بعد ، ولا شيء يجب لها على الورثة حتى ترجع به عليهم • وفي رواية عند الجعفرية أن الحامل المتوفي عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها « ١ » ، والظاهر من مذهب الشافعية أنه يجب للمتوفي عنها زوجها السكنى لا غير ، وغير الاظهر لا سكنى لها كما لا نفقة لها « ٢ » •

وأما المعتدة بسبب فسخ الزوجية فمذهب الحنفية أن لها النفقة بكل أنواعها ان كان الفسخ بسبب من قبل الزوج مطلقا ، أو بسبب من قبل الزوجة ليس بمعصية • فان كان سبب الفسخ معصية الزوجة كردتها أو اتصالها بأحد اصول الزوج أو فروعه اتصالا غير مشروع ، فلا حق لها في نفقة الطعام

(١) الاستبصار للطوسي ج ٣ ص ٣٤٥ . والمختصر النافع ص ٢١٩ (هامش)

(٢) السراج الوهاج شرح المنهاج ص ٤٥٥ .

والكسوة • ولها نفقة السكنى فقط ، وعلة ذلك أن الطعام والكسوة خالص حقها فيسقط بمعصيتها ، أما السكنى ففيها مع حق الزوجة حق لله تعالى ، وما كان فيه حق لله لا يسقط بفعل العبد ، ولهذا المعنى لو خالعت امرأة زوجها على أن لا نفقة لها ولا سكنى سقطت نفقتها ولا تسقط سكنائها •

ومذهب الجعفرية أن فرقة الفسخ والانفساخ الموجب للبينونة في الحال توجب سقوط النفقة ان كانت الزوجة غير حامل ، سواء أكان سبب الفرقة هو الزوج أم الزوجة ، وفرقة الفسخ المعلق على انقضاء العدة ، ان كانت من قبل الزوجة كردتها بعد الدخول بها ، توجب سقوط النفقة ، وان كانت من قبل الزوج كردته بعد الدخول لا توجب سقوط النفقة • وقد عرفت من قبل أن اتصال الزوجة غير المشروع بأحد اصول الزوج أو فروعه لا يفسخ النكاح ان كان طارئا عليه عند الجعفرية ، وعلى هذا فلا تسقط نفقتها بهذا الاتصال خلافا لما ذهب اليه الحنفية •

هذا ولا فرق بين نفقة الزوجة ونفقة المعتدة في كل ما تقدم من أحكام تتعلق بسقوط النفقة وعدم سقوطها ، وصيروتها دينا قويا أو ضعيفا ، وغير ذلك من الاحكام التي سبق الكلام عنها •

« الحق الثالث من حقوق الزوجة » - عدم الاضرار بها

الزوجية رابطة مقدسة يجب العمل على تقويتها وتوثيقها ، حتى تؤتى ثمرتها في ظل من الاستقرار والطمأنينة •

والشارع الذي جعل الرجل قواما على المرأة بمقتضى طبيعته التي فطر عليها ، وبما أنفق من ماله ، لم يخف عليه أن بعض الناس يسئ استعمال حقه ، ويتعدى مدى سلطته ، فيقسو على زوجته وهو أحق بأن يرحمها ، ويسعى في إلحاق الضرر بها وهو أولى بإبعاد الضرر عنها ، لم يخف ذلك على الشارع الحكيم فنبه الزوج في أكثر من آية ، وأكثر من حديث ، الى أن يعدل ولا يظلم ، ويرحم ولا يقسو ، وينفع ولا يضر ، فقال عز من قائل « فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم

نفسه » وقال « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف » وقال « فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » • وقال عليه الصلاة والسلام « خيركم خيركم لاهله وأنا خيركم لاهلي »^(١) وقال « لا يفرك »^(٢) مؤمن مؤمنة ، ان كره منها خلقا رضى منها آخر » وقال « • ألا واستوصوا بالنساء خيرا فانما هن عوان »^(٣) عندكم ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك »^(٤) وقال « • • ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر الا في البيت » •

هذا هو خلق القرآن ، وأدب الاسلام ، فمن حاد عنه من الازواج ، وسلك غير طريق المؤمنين فأذى زوجته بالقول أو بالفعل ، كان من حق الزوجة أن ترفع أمرها الى القضاء ، وكان على القاضي — بما له من ولاية عامة — أن يحضر الزوج ويزجره بالقول فان ارتدع فيها والا كان له أن يعزره بما يراه من ألوان التعزير حتى يمسك عن أذى زوجته ، وليس للزوجة أن تطلب التفريق للضرر ، ولا يملك القاضي أن يجيئها اليه — هذا هو مذهب الحنفية والجعفرية وهو ما يجري عليه العمل الى الآن في العراق •

أما في مصر فقد رأى المشرع أن من الازواج من يبالغ في أذى زوجته ، ويسرف في الحاق الضرر بها ، ولا ينفعه تذكير ، ولا يرده عن ظلمه تعزير ، ورأى أن مذهب الحنفية ومن وافقهم لا يساعد الزوجة على الخلاص من هذه الزوجية التي لا تطاق ، فأعرض عن مذهب الحنفية وأخذ بمذهب مالك الذي يعطى للزوجة الحق في أن تطلب التفريق للضرر ، ويعطى للقاضي سلطة التطلاق جبرا على الزوج طلقة واحدة بائنة ، ولا شك أن في هذا رفقا بالزوجة وانصافا لها •

« الحق الرابع للزوجة » — العدل عند تعدد الزوجات

إذا تزوج الرجل بأكثر من واحدة ، وجب عليه أن يعدل بين زوجاته في

(١) أهل الرجل زوجته (٢) يفرك بفتح الياء وفتح الراء أي يبغض
(٣) عوان أي أسيرات (٤) يريد ملك الاستمتاع •

المأكل والملبس والسكن والبيتوتة ، فان فضل واحدة على غيرها في شيء كان آثما «١» . وقال الجعفرية لاحق للزوجة الا في ليلة من أربع فان كان له زوجتان أو ثلاثا فلكل واحدة ليلة والباقي من الأربع له أن يضعه حيث شاء وعلى هذا فلو كان له زوجتان كان له أن يبيت عند واحدة ثلاث ليال وعند الاخرى ليلة واحدة ، لان له أن يتزوج من اثنتين اخريين ، واذا جاز له ذلك جاز له أن يجعل نصيهما في المبيت لواحدة من الثنتين اللتين في عصمته بالفعل .

وأما العدل بين الزوجات في الحب والميل القلبي ، فهذا ما لا يدخل تحت طاقة البشر ، فالقلوب بيد الله يقلبها كيف يشاء ، ولا يكلف الله نفسا الا وسعها ، والرسول عليه الصلاة والسلام يقول بعد أن عدل بين زوجاته فيما يملك من نفقة وبيتوتة « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك » . هذا العدل في القسم بين الزوجات يستوي فيه الزوجة الغنية والفقيرة ، والعجوزة والشابة ، والبكر والثيب ، والصحيحة والمريضة ، والمسلمة والكتابية «٢» ، والقديمة والجديدة ، لان القسم من حقوق النكاح وجميع الزوجات في سبب القسم وهو النكاح سواء .

وذهب الشافعي والجعفرية الى أن الرجل لو تزوج امرأة على زوجته

(١) هذا على المختار من مذهب الحنفية من أن النفقة تكون على حسب حال الزوج وحده . وأما على القول بان النفقة تكون على حسب حال الزوجين معا كما هو رأي بعض الحنفية أو على حسب حال الزوجة وحدها كما هو رأي الجعفرية وبعض الحنفية فلا يجب على الزوج التسوية بين زوجاته في النفقة ان اختلفن يسارا واعسارا ، بل له أن يزيد نفقة الموسرة على نفقة المعسرة .

(٢) تقدم أن من يرى من الجعفرية صحة الزواج بالكتابية يقول بأن لها في القسم نصف ما للمسلمة . والامة في القسم على النصف من الحرة باتفاق بين الحنفية والجعفرية .

القديمة خص الجديدة بسبعة أيام وقدمها ان كانت بكرا ، وان كانت ثيبا خيرها بين أن يخصها بثلاثة أيام ويقدمها ، وبين أن يقدم لها سبعة أيام ويقضيها في حق الباقيات • ودليل الشافعي والجعفرية قول أنس رضى الله عنه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود الى أهله » ولان الزوجة الجديدة قد تنفر وتستوحش أول الامر فتكون الزيادة سببا لازالة وحشتها ونفرتها • وأجاب الحنفية عن هذا بأن الجديدة والقديمة يستويان في سبب وجوب القسم وهو النكاح فيستويان في القسم أيضا ، قالوا : ولو جاز تفضيل احدى الزوجات لكانت القديمة أولى ، جبرا لها وتطيبا لخطرها ، وأجابوا عن حديث انس بأنه محمول على أنه يبدأ في القسم بالزوجة الجديدة ، لا على أنه يزيد لها •

هذا ، وليس هناك زمن مقدر للمدة التي يقيمها الزوج عند كل واحدة من زوجاته ، بل يترك ذلك لتقديره هو ، فان شاء جعل لكل واحدة ليلة ، وان شاء جعل لكل واحدة ليلتين أو ثلاثا أو اكثر ، ولكن الاولى أن لا تزيد المدة عن اسبوع حتى لا تطول الوحشة على زوجاته « ١ » •

والمعتبر في المناوبة بين الزوجات الليل لا النهار الا اذا كان الزوج ممن يشتغلون ليلا فتكون المناوبة حينئذ نهارا •

ومتى عين الزوج مدة الدور كان له أن يبدأ بمن شاء ، وكان عليه أن يوفى كل زوجة دورها فليس له أن يزيد في دور واحدة وينتقص من دور الاخرى الا اذا أذنت صاحبة الحق له في ذلك ، أو كانت هناك ضرورة كأن احتاج أن يقيم عندها فوق مدتها ليقوم بتمريضها •

(١) قال الكمال ابن الهمام في الجزء الثاني من فتح القدير ص ٥١٨ (. . لو اراد أن يدور سنة سنة ما يظن اطلاق ذلك له ، بل ينبغي أن لا يطلق له مدة الايلاء وهو أربعة أشهر ، واذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة ، وأظن أكثر من جمعة مضارة الا أن ترضيا به) •

وإذا تنازلت إحدى الزوجات عن نوبتها لضرتها صح، لما ورد من أن
سودة رضى الله عنها تنازلت عن نوبتها لعائشة ، وأقر الرسول صلى الله عليه
وسلم ذلك . وإذا أرادت الرجوع فيما تنازلت عنه صح ذلك ، لأنها أسقطت
حقا لم يجب بعد فلا يسقط .

وإذا أراد الزوج سفرا فله أن يختار من زوجاته من يشاء للسفر معه ،
ولا يجب عليه إجراء القرعة بينهما، وإن كان ذلك أولى عند الحنفية والجعفرية .
وذهب الشافعية إلى أن القرعة واجبة، لما روى عن عائشة رضى الله عنها :
أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه ، وأيتهن
خرجت قرعتها خرج بها .

ورد الحنفية مذهب الشافعية بأن الزوج لا يجب عليه أن يصحب أحدا
من نسائه معه في سفره ، فلا يجب عليه أن يقرع بينهما إن أراد السفر بواحدة
منهن ، وبأن السفر لا تصلح له كل واحدة فهناك الخفيفة النشيطة ، وهناك
الكسلة البليدة ، وهناك من تصلح لحفظ متاعه في غربته ، وهناك من لا تصلح
لشئ من ذلك ، وأجابوا عن حديث عائشة بأن الرسول كان يفعل القرعة
تطيبا لقلوب نسائه لا لوجوب ذلك عليه ، إذ أنه عليه الصلاة والسلام ما كان
يجب عليه القسم لا في سفر ولا في حضر ، يشهد لذلك قوله عز وجل « ترجى
من تشاء منهم وتؤوي اليك من تشاء ومن ابتغيت ممن عزلت فلا جناح
عليك » (١) .

ومن سافر بها لا تحتسب مدة سفرها من أيام دورها عند الحنفية لأن
مدة السفر لا تدخل تحت القسم الواجب . وقال الشافعية والجعفرية إذا سافر
ببعض نسائه بقرعة فلا يقضي للباقيات . وإذا سافر من غير قرعة فعليه أن
يقضي لمن بقى بقدر غيبته مع التي سافر بها .

(١) في الآية افهام أخرى غير هذا الفهم الذي يشهد لمذهب الحنفية فراجع
كتب التفسير .

واذا مرض الزوج في بيت ليس فيه احدى زوجاته كان عليه أن يدعو كل واحدة منهن لقضاء نوبتها عنده • وان مرض في بيت واحدة من زوجاته وكان قادرا على التحول من بيت الى بيت وجب عليه أن يتحول الى بيت الاخرى بعد انتهاء مدة النوبة • وان كان لا يقدر على التحول لشدة المرض أقام ما أقام مدة مرضه ثم تحول الى الاخرى بعد قدرته على التحول وأقام عند الثانية بمقدار ما أقام مريضا عند الاولى •

واذا لم يعدل الزوج في القسم بين زوجاته كان للزوجة الحق في أن ترفع أمرها الى القاضي ، وعلى القاضي أن يؤنبه بالقول أو يعزره حتى يعدل في قسمه ، ولا حق للزوجة في طلب التفريق لعدم العدل في القسم ، ولا يجيئها القاضي الى ذلك لو طلبته • ومذهب مالك يعطي الزوجة حق طلب التفريق للضرر الحاصل من عدم العدل في القسم ويعطي القاضي سلطة التطليق جبرا على الزوج طليقة واحدة بائة ، وعلى هذا يجري العمل في المحاكم المصرية •

الفصل الثاني

« في : حقوق الزوج على زوجته »

أجمل القرآن الكريم حقوق الزوج على زوجته في هذه الآية « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » • فقوله تعالى « الرجال قوامون على النساء » وقوله « فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » • أثبت للزوج حق الطاعة على زوجته ، فاذا ما سلمها مهرها ، أو سلمها ما اتفق أو تعورف على تعجيله ، كان له عليها حق الدخول في طاعته ، والانتقال الى بيته ، وتمكينه من نفسها ، ما دام قد هيا لها المسكن الشرعي ، فان امتنعت بعد ذلك عن الدخول في طاعته كانت ناشزة وسقط

حقها في النفقة كما تقدم • وإذا انتقلت الى بيت الزوج كان من حقه عليها أن تقر في البيت ولا تخرج منه بغير اذنه الا لضرورة كزيارة أبويها في كل اسبوع مرة ، ومحارمها كالاخ والعم في كل سنة مرة ، وقيل في كل شهر مرة ، وعن أبي يوسف تقييد ذلك بعدم قدرتهم على المجيء اليها • وعند الجعفرية تخرج لزيارة والديها ومحارمها بحيث لا يتحقق منها العقوق والقطيعة ولا يقيد ذلك بزمان محدد لان الامر يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال •

وإذا مرض أبوها وليس له من يمرضه غيرها كان لها أن تذهب اليه لتقوم على تمريضه ولو بغير رضا الزوج ، ولا تكون بذلك خارجة عن طاعته لان حق الوالدين مقدم على حق الزوج عند التعارض •

ومن حق الزوج على زوجته أن لا تسمح لاحد بدخول بيته بغير اذنه الا لأبويها ومحارمها في الاوقات التي سبق ذكرها ، وفي هذا كله يقول عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله أن تأذن في بيت زوجها وهو كاره ، ولا تخرج وهو كاره ، ولا تطيع فيه أحدا ، ولا تعتزل فراشه ، ولا تضربه ... » • ومن حق الزوج على زوجته أن تحسن عشرته ، وترعى ولده ، وتحفظ سره ، وتصون ماله ، وتحيط نفسها وشرفها بسياج من الطهر والعفة ، وأن تتجنب مواطن الشبهات ، ومسالك الفتنة •

ويجب على الزوجة — ديانة لا قضاءً — أن تقوم بعمل البيت من خبز وطبخ وغسل وما الى ذلك ، ان كانت قادرة على العمل وكانت ممن يخدمن أنفسهن في العادة ، لان الرسول صلى الله عليه وسلم قسم العمل بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل عليه عمل الخارج وعليها عمل الداخل • أما من ناحية القضاء فليل تجبر على العمل ان كانت قادرة عليه وممن يخدمن أنفسهن في العادة وقيل لا تجبر • وان كانت لا تقدر على العمل ، أو تقدر عليه ولكن أمثالها لا يقمن بالخدمة عادة ، فالواجب على الزوج في هذه الحالة أن يحضر لها من يقوم بخدمة البيت •

وللزوج على زوجته ولاية التأديب ان خالفته فيما يجب عليها من طاعة ،
وقد بين الله لنا طريق التأديب وجعل له حدا أدنى وحدا أعلى ، فقال سبحانه
« واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان
أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » •

فان رأى الزوج انحرافا من زوجته ومخالفة فسييل علاجها أولا الموعظة
الحسنة ، فان لم تعد الموعظة هجرها في المضجع هجرا جميلا غير موحش بأن
يوليها ظهره أو ينام في فراش وحده ، فان لم يقد ذلك أيضا فله أن يضربها ضربا
غير مبرح ولا مشين •

هذا الذي قلناه وأجملته الآية الكريمة بينه رسول الله صلى الله عليه
وسلم بقوله « ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر الا في البيت » • فان
تعدى الزوج حده ، وتجاوز حقه ، فضرب زوجته بغير حق ، أو ضربها بحق
ولكن ضربا اليما أو مشينا كان لها أن ترفع الامر الى القاضي ، وعلى القاضي
— أن ثبت لديه عدوان الزوج — أن يعزره بما يراه كافيا لجزره عن معاودة
ما ارتكب مع زوجته دون أن يكون له حق في ايقاع الطلاق جبراً على
الزوج للضرر •

ومذهب المالكية الذي يبيح الطلاق جبرا على الزوج للضرر يعطي
الزوجة في هذه الحالة حق طلب التفريق ويعطي القاضي سلطة ايقاع الطلاق
جبرا على الزوج ، طلقه واحدة بائة ، وعلى هذا يجري العمل في القضاء
المصري ، وعلى الاول ، وهو مذهب الحنفية والجعفرية يجري العمل في
المحاكم العراقية •

هذا وقد مر بك — من قبل — أن الزوج لا ولاية له على مال زوجته ،
ولا حق له فيه ، وانما الولاية لها وحدها على مالها ، ان كانت أهلا للولاية ،
وان لم تكن أهلا لها فالولاية لولي المال دون غيره •

الفصل الثالث

« في : الحقوق المشتركة بين الزوجين »

- من أثر الزوجية الصحيحة • وجود حقوق مشتركة بين الزوجين وهي :
- (١) حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر ، لان مقاصد الزواج لا تحصل الا به •
 - (٢) حسن المعاشرة ، لان الحياة الزوجية لا تكون مستقرة سعيدة الا بأن يحسن كل من الزوجين عشرة صاحبه •
 - (٣) حرمة المصاهرة ، وقد تقدم أن المصاهرة لحمة كلحمه النسب •
 - (٤) ثبوت النسب ، لان الولد ثمره الزواج فالام والدة ، والاب مولود له ، كما هو نص القرآن الكريم •
 - (٥) ثبوت التوارث بين الزوج والزوجة ، فأيهما مات ورثه الآخر بمقدار ما فرض الله •



« القسم الثاني »

فرق الزواج وآثارها

تمهيد

في : (١) بيان معنى الفرق (٢) أنواعها ومميزات كل نوع (٣) من الفرق ما يتوقف على قضاء القاضي •

١ - معنى الفرق :-

الفرق - لغة - جمع فرقة ، وهي اسم للافتراق ضد الاجتماع •
و الفرق الزواج ما تحل به عقده ، وتنقطع به علائق الزوجية بين الرجل والمرأة •

٢ - أنواع الفرق ومميزات كل نوع :-

و فرق الزواج نوعان ، نوع يعتبر طلاقا ، ونوع يعتبر فسخا ، وتتميز فرق الطلاق عن فرق الفسخ من نواح ثلاثة :

(الناحية الاولى) - ناحية الحقيقة ، فحقيقة الطلاق ، انتهاء عقد الزواج بألفاظ مخصوصة مع تقرير الحقوق السابقة ، وقد يكون انتهاء الزواج في الحال وذلك في الطلاق البائن بقسميه ، وقد يكون في المآل ، وذلك في الطلاق الرجعي •

أما الفسخ فحقيقته نقص العقد في الحال ، ورفعها اما من أساسه كأنه لم يكن من قبل ، كالفسخ بخيار البلوغ ، وأما من وقت وجود سببه ، كالفسخ برودة الزوجة •

(الناحية الثانية) - ناحية الاسباب التي يستند اليها كل منهما ، فالطلاق سببه صدور اللفظ الدال عليه من الزوج أو من يقوم مقامه كالوكيل بالطلاق ، والقاضي ، والمفوضة التي جعل الزوج الطلاق بيدها ، ويلحق بلفظ الطلاق الخلع والايلاء وما في معناهما من كل ما تكون الفرقة فيه لسبب غير عدم لزوم العقد وغير وجود المنافي لبقاء الزوجية • والطلاق أيا كان مصدره لا يكون الا في زواج صحيح •

أما الفسخ فسببه اما وجود حالات مقارنة للعقد من مبدئه مقتضية عدم

لزومه من أول الامر كالعقد على الصغيرة بولاية عمها مثلا حيث لم يقع العقد لازما من أول الامر ، فاذا بلغت الصغيرة ولم ترض باستمرار العقد كانت الفرقة فسخا للعقد من أساسه ، وأما وجود حالات طارئة على العقد منافية لبقائه كردة الزوجة ، وكاتصالها بأحد اصول الزوج أو فروعه انصلا يوجب حرمة المصاهرة ، فحيث وجد العارض الذي ينافي بقاء الزوجية وجب الفسخ في الحال لا على أنه فسخ للعقد من أساسه ، بل على أنه فسخ له من وقت وجود المنافي .

(الثالثة) — من ناحية الآثار المترتبة على كل منهما ، ففرقة الطلاق تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته . وفرقة الفسخ لا تحتسب ولا ينقص بها العدد . وفرقة الطلاق بما دون الثلاث يقع الطلاق في عدتها لان الطلاق لا ينقص العقد ولا يزيل الحل . وفرقة الفسخ — عدا ما يكون بسبب الردة أو الأباء عن الاسلام «١» — لا يقع الطلاق في عدتها ، لان الطلاق أثر العقد ، وقد نقض العقد فلا يثبت طلاق .

هذا ، وقد ضبط فقهاء الحنفية كلا من الطلاق والفسخ بضابط يميز كلا منهما عن صاحبه ، فاتفقوا على أن كل فرقة وقعت من جانب الزوجة تعتبر فسخا ، لان الطلاق ليس من شأن المرأة .

واختلفوا في الفرقة التي تقع من جانب الرجل ، فذهب أبو يوسف الى أن كل فرقة بسبب من جانب الزوج له نظير يفسخ به من جانب الزوجة تكون فسخا ، وذلك كالفرقة بسبب ردة الزوج ، أو بسبب فعله مع أصول الزوجة أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة . وكل فرقة من جانب الزوج ، أو بسبب من جهته ليس له نظير من جانب الزوجة فانها تكون طلاقا ، وذلك كالفرقة بلفظ الطلاق ، والفرقة بسبب عيب جنسى في الزوج كالجب والعنة . وذهب محمد الى أن كل فرقة من جانب الرجل ، أو بسبب من جهته

(١) هذا الاستثناء مبني على استحسان قصد به الزجر والعقوبة .

مختص بالزواج ، تكون طلاقا ، سواء في ذلك ما يكون له نظير من جانب الزوجة يفسخ به ، وما ليس له نظير ، وعليه فالفرقة عنده بسبب ردة الزوج أو إباطه الاسلام طلاق لا فسخ .

وذهب أبو حنيفة الى ما ذهب اليه محمد ، غير انه خالفه في الفرقة بسبب ردة الزوج فاعتبرها فسخا لا طلاقا ، لان من ارتد كمن مات لاهدار دمه ، وفرقة الموت فسخ باتفاق ولا يتصور أن تكون طلاقا ، فكذا فرقة ما هو في حكم الموت وهو الردة .

٣ - من الفرق ما يتوقف على قضاء القاضي : -

ثم ان فرق الزواج على عمومها ، منها ما يتوقف وقوعة على قضاء القاضي ، ومنها ما يقع من تلقاء نفسه وليس بحاجة الى القضاء ، والضابط في معرفة ما يحتاج الى قضاء وما لا يحتاج ، هو أن كل فرقة تنبني على أسباب تكون موضع خفاء ومحل نظر وتحتاج الى تقدير كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج ، لا بد في ايقاعها من قضاء القاضي ، لان تقدير الناس يختلف ، وعند الاختلاف يرجع الى القاضي ليقدر الامر ويفصل فيه بما يرى .

وكل فرقة تنبني على أسباب جلية ليست محل نظر وتقدير ، كالفرقة بسبب ظهور خلل في العقد أو بسبب ردة احد الزوجين لا تحتاج الى قضاء ، بل تقع من تلقاء نفسها .

أما الجعفرية ، فلا يرون شيئا من الفرق بحاجة الى قضاء القاضي ، بل نجدهم في التفريق بسبب العنة - وهو امر يحتاج الى نظر - يقولون ان الزوجة اذا رفعت أمرها الى القاضي فأجل الزوج سنة ، كان لها أن تستقل بالفسخ بعد مضي الاجل ان لم يصل الزوج اليها (١) .

وبعد ، فيمكن - على ضوء ما تقدم - أن نجمل فرق الزواج في الاقسام الآتية :

- أولا — فرقة هي طلاق ولا تتوقف على قضاء القاضى
- ثانيا — فرقة هي طلاق وتتوقف على قضاء القاضى
- ثالثا — فرقة هي فسخ ولا تتوقف على قضاء القاضى
- رابعا — فرقة هي فسخ • وتتوقف على قضاء القاضى

وبعد معرفة الضابط الذي يميز فرق الطلاق عن فرق الفسخ ، ومعرفة الضابط الذي يميز ما يحتاج الى قضاء وما لا يحتاج ، يمكن بسهولة ادراج أفراد كل قسم تحته بسهولة واليك البيان :

القسم الاول — فرق الطلاق التى لا تتوقف على القضاء :

(١) الفرقة بلفظ الطلاق من الزوج ، أو من وكيله بالطلاق ، أو من الزوجة التى جعلت عصمتها بيدها •

(٢) الفرقة بسبب الخلع •

(٣) الفرقة بسبب الايلاء •

(٤) الفرقة بسبب ردة الزوج على رأي محمد ، خلافا لابي حنيفة وأبي يوسف والجعفرية فانها عندهم فرقة فسخ •

القسم الثانى — فرق الطلاق التى تتوقف على القضاء :

(١) الفرقة بسبب اللعان عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والجعفرية فانها عندهم فرقة فسخ •

(٢) الفرقة بسبب عيوب الزوج الجنسية ، خلافا للجعفرية فانها عندهم فرقة فسخ •

(٣) الفرقة بسبب اباء الزوج عن الاسلام على رأي أبى حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والجعفرية فانها عندهم فرقة فسخ •

وقد أخذ المشرع المصري بمذهب مالك فزاد على ما تقدم الفرقة بسبب الاضرار بالزوجة ، وبسبب اعساره بالنفقة ، وبسبب غيبته أو حبسه •

القسم الثالث — فرق الفسخ التى لا تتوقف على قضاء :

(١) الفرقة بسبب فساد العقد •

- (٢) الفرقة بسبب اتصال احد الزوجين بأحد أصول الآخر أو فروعه
اتصالا يوجب حرمة المصاهرة •
(٣) الفرقة بسبب ردة الزوجة •
(٤) الفرقة بسبب ردة الزوج على رأي أبي حنيفة وأبي يوسف
والجعفرية •

- (٥) الفرقة بسبب خيار العتق للزوجة •
(٦) الفرقة بسبب ملك أحد الزوجين للآخر •
القسم الرابع — فرق الفسخ التي تتوقف على القضاء :
(١) الفرقة بسبب خيار البلوغ للزوج أو الزوجة •
(٢) الفرقة بسبب خيار الافاقة من الجنون للزوج أو الزوجة •
(٣) الفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج •
(٤) الفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل •
(٥) الفرقة بسبب إباء الزوجة الاسلام •
(٦) الفرقة بسبب إباء الزوج الاسلام على رأي أبي يوسف والجعفرية •
وهنا ننبه على امور :

(أولا) — في كل فرقة تتوقف على قضاء القاضى تبقى أحكام الزوجية قائمة رغم وجود سبب الفرقة حتى يحكم القاضى بها ، فمثلا اذا وجد سبب الفرقة ثم مات أحد الزوجين قبل الدخول وقبل تفريق القاضى تأكد حق الزوجة في كل المهر ، وكذا يرث أحدهما الآخر ما لم يكن هناك مانع من موانع الارث كاختلاف الدين •

(ثانيا) — من الفرق ما يوجب الحرمة المؤبدة كالفرقة بسبب ما يوجب حرمة المصاهرة ، ومن الفرق ما يوجب الحرمة المؤقتة كالفرقة بسبب خيار البلوغ والفرقة بسبب الردة ، والفرقة بسبب اللعان عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف والجعفرية فإن اللعان عندهم يوجب حرمة مؤبدة •
(ثالثا) — كل فرقة من قبل الزوجة أو وليها بسبب مشروع ، أو بسبب

هو معصية كردها ، تسقط حقها في المهر ما لم يتأكد بالدخول الحقيقي أو الحكمي ، وكل فرقة من قبل الزوج لا تسقط شيئا مما وجب للزوجة من المهر ، فلها كل المهر بعد الدخول ، ولها نصفه أو المتعة قبل الدخول ، ويستثنى من ذلك ما لو اختار الزوج فسخ الزواج قبل الدخول بسبب خيار البلوغ فانه لا يكون للزوجة حق في شيء من المهر كما علمت من قبل •

وكل فرقة بسبب وفاة الزوج ، أو معصية الزوجة لا يتقرر معها نفقة للزوجة أثناء العدة كما تقدم عند الكلام عن النفقة •

(رابعا) — التفريق بسبب الردة انما هو في حالة ارتداد احد الزوجين وبقاء الآخر مسلما ، أما لو ارتدا معا وعادا معا فالزوجة باقية ، ولا حاجة الى عقد جديد ، كما سيأتي •

الباب الاول

« في : الطلاق »

- (١) تعريف الطلاق ، الادلة على جوازه ، حكمة مشروعيته ، صفته الشرعية
- (٢) ما يقع به الطلاق ، ومن يقع منه ، ومن يقع عليها (٣) طلاق السنة وطلاق البدعة (٤) صريح الطلاق وكنايته (٥) الطلاق المنجز والمعلق والمضاف
- (٦) الطلاق الرجعي والبائن (٧) الرجعة (٨) تفويض الطلاق الى الزوجة
- (٩) طلاق المريض •

الفصل الاول

في : تعريف الطلاق ، والادلة على جوازه ، وحكمة مشروعيته ، وصفته الشرعية :

١ - تشریف الطلاق :-

الطلاق لغة رفع القيد الحسى أو المعنوي ، وشرعا رفع قيد النكاح فى الحال أو فى المآل بلفظ مخصوص صريح أو كناية (١) .

٢ - الأدلة على جواز الطلاق :-

ويدل على جواز الطلاق الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والعقل .
أما الكتاب ، فأيات كثيرة منها قوله تعالى (الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان) وقوله (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) وقوله (يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة) .

وأما السنة ، فأحاديث كثيرة منها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق زوجته حفصة ثم راجعها ، ومنها ما روى من أن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال : كان تحتي امرأة أحبها وكان أبى يكرهها فأمرنى أن أطلقها فأبيت فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : « يا عبد الله بن عمر طلق زوجتك » .

وأما الاجماع ، فقد انعقد من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على أن للرجل أن يطلق زوجته .

وأما العقل ، فلان الحياة الزوجية قد تصبح جحيما لا يطاق لسوء العشرة وعدم الالفة ، فأباح الشارع الطلاق للخلاص من حياة هذا شأنها ، ولو لا هذا لساءت العاقبة ، وفست حياة كثير من الناس .

٣ - حكمة مشروعية الطلاق :-

شرع الله عز وجل الزواج وأراده على جهة الدوام والتأييد ليكون من ورائه راحة البال وسكن النفس . ودوام الزوجية انما يرجى عند انسجام

(١) يلحق باللفظ الدال على الطلاق ما يفيد معناه من الكتابة واشارة الاخرس كما سيأتى .

الوضع ، وتوافق الطبع • وسكن كل من الزوجين الى صاحبه انما يؤمل من وراء توافر الود ، وتبادل الحب •

والزواج رابطة تستمد قوتها من ثقة كل من الزوجين بصاحبه ، وتؤتى ثمرتها لو عرف كل للآخر حقه وقام نحوه بواجبه •

والله الذى يعلم مصالح عباده ، ويعلم ان الخير كل الخير فى دوام الحياة الزوجية واستقرارها ، ويعلم أن الشر كل الشر فى تفريق ما جمع ، وقطع ما وصل لغير ما سبب ، يعلم ان الحياة الزوجية قد تشوبها شوائب ومكدرات ، وتعكر صفوها منغصات ومنغصات ، ويعلم أن الحياة الزوجية مع الخلف جسيم لا يطاق ، فكان من رحمته بعباده أن جعل لهم من ذلك مخلصا فشرع الطلاق ليكون مخلصا من زوجية لا روح لها ولا خير فيها ، وتلك — لاشك — حسنة من محاسن التشريع الاسلامى ، اذ من الناس من يخطب المرأة ثم يعقد عليها ويدخل بها ، فيتكشف له من أمرها ما يسوء حيث يرى طبعها لا يوافق طبعه ، وخلقها لا يلائم خلقه ، وقد يرى منها ما ينافى الطهر ويجافى العفة ، وكذلك المرأة قد ينكشف لها من أمر زوجها ما يسوء ، فمن الخير — مع قيام هذه المنفرات التى لا يجتمع معها شمل — أن يفترقا ويمضى كل الى سبيله لعله أن يوفق بعد الى زوجية صالحة •

وقد يصاب أحد الزوجين أو يظهر أنه مصاب بمرض لا يمكن معه المعاشرة ، أو تكون من ورائه عدوى الصحيح منهما فكان فى الطلاق منجى من ضرر ، وخلص من شر ••

وقد لا تثمر الزوجية ثمرتها من الولد مع شدة رغبة كل من الزوجين فى أن تكون لهما هذه الثمرة ، فاذا افترقا كان لكل ما يرجوه من الولد ، ومن الواقع ما يشهد لذلك ويؤيده •

وقد يلحق الزوج الاذى بزوجه ، أو يعجز عن الاتفاق عليها ، أو يغيب أو يحبس مدة تطول على الزوجة ، وتقع بسبب ذلك فى العنت والمشقة ، فكان من رحمة الشارع بها أن جعل لها حق طلب الطلاق ، وأوجب على

القاضى أن يطلقها من زوجها ، رفعاً للضرر عنها (١) .
والقلوب — بعد ذلك — بيد الله يقلبها كيف يشاء ، فمن حب الى بغض ،
ومن ألفة وانسجام الى نفرة وخصام ، ومع تحول القلب عن القلب ، وانصراف
النفس عن النفس ، تتولد الشحنة ، ويكون الشقاء ، ويشتد البلاء ، وفي
الطلاق من ذلك كله خلاص ونجاء .

وهناك أسباب وراء ذلك ، تفسد معها الحياة الزوجية ، وتجعلها نقمة
بعد ان كانت رحمة ونعمة ، فهل من الانصاف — بعد ذلك — أن يقال أن
الاسلام باباحته الطلاق قد أهدر كرامة المرأة وقسا عليها ؟!! لا ان الاسلام
لم يهدر كرامة المرأة ولم يقس عليها حين شرع الطلاق ، لانه ما أراد من ورائه
الا خلاص الزوجين من رابطة لا امل فيها ولا خير ، ليستبدل كل منهما زوجا
خيرا من زوجه « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته » .

لم كان الطلاق بيد الزوج ؟ :

ولم يكن الاسلام قاسيا على المرأة حين جعل الطلاق بيد الزوج وحده ،
وانما هي الحكمة كل الحكمة ، لانه لو جعله بيد الزوجين معا فقد لا يتفقا
عليه ، لانه مع العناد وقصد الكيد قلما يجتمعان على رأي واحد ، فواحد
يريد الطلاق والآخر يصر على البقاء امعانا في الكيد لصاحبه ، وتصور زوجا
مجدوما تريد زوجته الطلاق وهو لا يريده ، وزوجة في سلوكها ريب يريد
زوجها التخلص من عارها وهي مصرة على أن لا تفارقه ، أيكون في جعل
الطلاق بيد الزوجين معا — والحالة هذه — شيء من الحكمة ؟... لا .
ولو جعل الشارع الطلاق بيد الزوجة لا بيد الرجل لادى ذلك الى مفسدة ،
فالمرأة — في الاعم الاغلب «٢» — مرهفة العاطفة ، شديدة التأثر ، سريعة الانفعال ،

(١) وهذا مذهب مالك وعليه العمل في مصر كما عرفت من قبل .

(٢) كثيرا ما نرى بعض النساء أضبط عاطفة ، وأقل انفعالا وتأثرا من بعض
الرجال ، ولكن التشريع لا يبنى على حالات فردية ، وانما يبنى على الاعم الاغلب
من امور الناس .

وقد يشور بها الغضب فتندفع الى الطلاق بدون تدبر في العواقب ، وقد تشتت بها العاطفة فتندفع وراء نزوة حب ، وتتخلص بالطلاق من زوجيتها الحاضرة ، طمعا في زوجية اخرى تخالها أسعد وأرغد ، وهي في كل هذا لا تخشى ضررا ماليا بل على العكس هي التي أخذت المهر في الاولى ، وهي التي ستأخذ المهر في الثانية .

أما الرجل فلا شك أن الشأن فيه التريث والتدبر في العواقب ، ولا شك أنه لا يندفع وراء عاطفته وميوله بمثل السرعة التي تندفع بها المرأة وراء عاطفتها وميولها ، والزوج هو الذي اعطى المهر وانفق ماله ، وان طلق فوراء طلاقه تبعات مالية كمؤخر الصداق ، ونفقة العدة ، وقد يتزوج اخرى فيحتاج الى ان يقدم مهرا من جديد ، وكل هذا مما يجعله يتروى في الامر ولا يتسرع في الطلاق ، على أن الزوج هو الذي يقوم على الزوجة ويرعى شأنها ، ويضطلع بتبعات الحياة الزوجية ، فكان منطق الحياة أن تكون عقدة النكاح بيده لا بيد الزوجة ، والا كان في ذلك عكس الاوضاع وقلب الحقائق .

ثم أن الشارع لم يهمل جانب المرأة في الطلاق بل جعل لها الحق في أن تشتط أن تكون عصمتها بيدها ، وجعل لها الحق في أن تطلب من القاضي طلاقها من زوجها ان كان هناك ما يدعو الى الطلاق ، ووجب الشارع على القاضي أن يجيبها الى ما تطلب ان تحقق لديه انها على حق فيما تدعيه .

... وبعد فهذه نظرة الاسلام في الطلاق وهي نظرة صائبة أدركها المنصفون من اعداء الاسلام . وها نحن نرى اليوم بعض الامم تأخذ بنظام الطلاق مع أن دينها لا يقول به ولا يقره ، وما ذلك الا لانها رأت فيه خير الاسرة وخير المجتمع .

ولكن على الرغم من ظهور حكمة التشريع في نظام الطلاق في الاسلام جدت نزعة متطرفة تدعو الى أن يكون الطلاق كله بيد القاضي بحيث لا يملك الزوج أن يطلق زوجته فيما بينه وبينها ، وهذه فكرة لا مصلحة فيها ، بل على

العكس فيها مفسدة ومضرة ، فالطلاق في كثير من الاحيان ينبنى على أسباب قلبية ، ومسائل نفسية ، لا يمكن ان تقوم عليها بينات ، ولا يتصور أن يتناولها الحس أو يستدل عليها بالامارات ، فكيف يستطيع القاضى أن يفصل في أمر استخفى في نفس صاحبه ، واستسر في ضميره ؟•

والنزاع في الحياة الزوجية ليس نزاعا بين ظالم ومظلوم في كل حالاته ، بل كثيرا ما يكون الامر أمر مودة فسدت ، ومحبة تبددت ، وزوجية بعد ذلك لا تصلح للبقاء ، والقلوب - كما علمت - بيد الله لا بيد القضاء •
ثم أن من أسباب الطلاق ما لو نشر أمام القضاء ، ودون في سجلات المحاكم ، ولاكته ألسنة الدفاع ان كان هناك دفاع ، لفضح أسرار البيوت ، وكشف خبايا الاسر ، وقضى على سمعة الزوج او الزوجة ، ومن أدب الاسلام أن نحفظ على الناس أسرارهم ، ونرعى حرمتهم ولا نهتك أسرارهم •

لم جعل الشارع الطلاق ثلاثا ؟ :

وانما جعل الشارع عدد الطلقات ثلاثا ، وجعل السنة فيها أن تكون متفرقة لا دفعة واحدة ، لان الزوج اذا أوقع الطلقة الاولى على زوجته ربما أدركه الندم على ما وقع منه ، وأحب معاودة زوجته فتكون أمامه الفرصة لاعادتها الى عصمته بدون رضاها وبلا مهر ولا عقد ان كان الطلاق رجعيا والعدة باقية ، وبرضاها وب عقد ومهر جديدين ان انقضت العدة في الرجعي أو كان الطلاق بائنا ، وكذلك يستطيع أن يتدارك الامر لو أوقع الطلقة الثانية ، فان أوقع الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، لانه لما طلقها الثالثة بعد أن طلقها وأعادها الى عصمته مرتين دل ذلك على أن الحياة الزوجية بينهما لا خير فيها فأولى أن تزول •

٤ - صفة الطلاق الشرعية :-

اختلف الفقهاء في ايقاع الطلاق ، هل الاصل فيه الاباحة أو الحظر ؟•
قال فريق منهم الاصل في ايقاع الطلاق الاباحة لان الله يقول (لا جناح

عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة (ولان النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ، وكذا طلق كثير من الصحابة نساءهم ، ولو كان الطلاق محظورا ما أقدم عليه النبي وأصحابه • وقال فريق آخر الاصل في ايقاع الطلاق الحظر الى أن يوجد ما يدعو اليه ، لان الله يقول (•••••) فان أطلعكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) ، ولقوله عليه الصلاة والسلام (لا تطلقوا النساء الا من رية ، فان الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات) ، ولان الطلاق لغير ما سبب سفه وظلم ، وكفران بنعمة الله ، وقطع لما أمر الله به أن يوصل ، وجناية على الزوجة والاولاد والمجتمع •

وظاهر أن الحق في جانب الفريق الثاني لوضوح أدلتهم ، وأما ما استدل به الفريق الاول فلا ينهض حجة على ما ذهبوا اليه ، لان نفى الجناح في الآية التي استدلوا بها منصب على الطلاق قبل الدخول وتسمية المهر ، فالقيد هو الملاحظ في نفى الجناح ، فيكون مدلول الآية ان عدم الدخول والتسمية لا يمنع من صحة ايقاع الطلاق ، لا أن الطلاق مباح لسبب ولغير سبب • وأما طلاق النبي وأصحابه فلا يعقل أن يكون لغير سبب ، والا كان سفها وبغيا ، وهم أبعد الناس عن ذلك •

وما دمننا قد وصلنا الى أن الاصل في الطلاق الحظر ولا يباح الا لسبب ، أمكن أن نقول ان الطلاق تارة يكون مباحا اباحة مجردة ، يستوي فيها جانب الفعل والترك ، وذلك اذا كان سبب الطلاق ضعيفا كمجرد النفور الطبيعي بين الزوج والزوجة •

وتارة يكون مستحبا ، وذلك اذا كان سببه سوء أخلاق الزوجة واذاها لزوجها أو لاقاربه أو لجيرانه ، أو كانت غير متدينة لا تصلي ولا تصوم ولا تعرف لله حقه ، وتمادت في ذلك ولم ينفع معها نصح ولا تأديب •

وتارة يكون واجبا ، وذلك اذا كان سبب الطلاق قويا كما لو كان في الزوج عيب جنسي لا ترضى به الزوجة كالجب والعنة ، أو كانت الزوجة تسلك مسالك الرية وتتهاون في عرضها وشرفها •

وتارة يكون مكروها ، وذلك اذا لم يوجد ما يبرر الطلاق أصلا ، وعن أحمد أنه حرام ان وقع مع استقامة الحال وعدم المبرر .
وتارة يكون حراما ، وذلك اذا طلقها على غير جهة السنة لقصد الاضرار بها واطالة مدة العدة عليها .

وعلى أية حال فالطلاق يقع سواء أكان مباحا أم محظورا ، مكروها أم حراما ، لان الكراهة أو الحرمة لا تنافي الوقوع في حد ذاته ، غير أن الجعفرية وابن تيمية وابن القيم لا يرون وقوع الطلاق البدعي ، وستعرف تفصيل ذلك فيما بعد .

الفصل الثاني

فى : ما يقع به الطلاق ، ومن يقع منه ، ومن يقع عليها .

١ - ما يقع به الطلاق وهو ركنة : -

ركن الطلاق ، هو اللفظ الذي يفيد معنى الطلاق ، أو ما يقوم مقام اللفظ من الكتابة ، أو الإشارة المفهومة . وعلى هذا فالطلاق يقع بالعبارة ، وبالإشارة ، وبالكتابة .

أما العبارة ، فالمراد منها اللفظ الدال على حل رباط الزوجية بأي لغة كانت ، صريحا كان اللفظ أو كناية ، بشرط اضافته الى الزوجة حقيقة أو حكما ، وبحيث يفهم منه تطبيقها لغة أو عرفا ، فمثال الطلاق المضاف الى الزوجة حقيقة قوله لها طلقتك ، أو أنت طالق ، أو زوجتى طالق ، أو هذه طالق (مشيرا الى زوجته) . ومثال الطلاق المضاف الى الزوجة حكما قوله علي الطلاق لا أفعل كذا ، أو الطلاق يلزمني ان فعلت كذا ، أو علي الحرام لا أفعل كذا ، لان هذا معناه عرفا ان فعلت كذا فامرأتى طالق أو حرام علي . ويشترط فى لفظ الطلاق أيضا أن لا يكون معلقا على مشيئة الله ، فان علقه على مشيئة الله كأن قال لها أنت طالق ان شاء الله وكان الاستثناء متصلا مسموعا لا يقع الطلاق ، لانه علقه على مشيئة من لا تعرف مشيئة ، فان كان

الاستثناء غير متصل أو غير مسموع وقع الطلاق •

ويشترط كذلك أن تكون صيغة الطلاق مفهومة للمتلفظ بها ، فإذا لقن شخص كلمة الطلاق فطلق بها وهو لا يعرف معناها لا يقع الطلاق لعدم القصد • وعند الجعفرية يشترط في لفظ الطلاق أن يكون صريحا ، وعلى صيغة اسم الفاعل من مادة الطلاق ، مضافا الى الزوجة وأن يكون منجزا غير معلق على شرط أو صفة من الصفات المستقبلية ، ولا بد عندهم من حضور شاهدين عدلين يسمعان لفظ الطلاق لقوله تعالى في شأن الطلاق (واشهدوا ذوي عدل منكم) - والحنفية وجمهور الفقهاء لا يشترطون الاشهاد على الطلاق لان الانسان لا يحتاج الى البيئة عند استعمال حقه ، أما الامر بالاشهاد فقد حملة بعضهم على النذب لا الوجوب ، وبعضهم أرجعه الى الاشهاد على الرجعة لا الطلاق •

وأما الاشارة من الاخرس ، فالمعتمد من مذهب الحنفية أن الطلاق يقع بها ان كانت مفهومة بشرط عدم معرفته بالكتابة ، فان كان يعرف الكتابة فلا يقع طلاقه بالاشارة لان الدلالة على الطلاق بالكتابة أبعد عن الاحتمال ، فلا يعدل عنها مع القدرة عليها الى الاشارة المحتملة ، والطلاق يجب فيه الاحتياط • أما الجعفرية فلا يشترطون عجز الاخرس عن الكتابة بل يقبلون اشارته المفهومة مطلقا •

وأما الكتابة فيقع بها الطلاق ولو مع القدرة على التلفظ به • والكتابة نوعان مستبينة أي مرقومة واضحة كالكتابة على الورق ، وغير مستبينة كالكتابة على الماء أو في الهواء •

أما غير المستبينة فلا يقع بها طلاق على أية حال نواه أو لم ينوه • وأما المستبينة فاما أن تكون مرسومة أي معنونة وموجهة على نحو ما توجه به الرسائل ، واما أن لا تكون كذلك • فان كانت مرسومة وقع بها الطلاق مطلقا نواه أو لم ينوه ، ويعتبر وقوعه من وقت الكتابة ان لم يقيد بوقت ، فان قيده كأن قال : اذا وصلت كتابي هذا فأنت طالق وقع من وقت وصوله اليها ولو لم تقرأه •

وأما غير المرسومة ، كأن يكتب على ورقة أو حائط طلقت زوجتي فالامر فيها يرجع الى نيته ، فان قال نويت الطلاق وقع ، وان قال أردت تجربة القلم مثلاً لا يقع (١) . وقال الجعفرية يقع الطلاق بالكتابة المستتية المرسومة للعاجز عن النطق سواء أكان حاضراً أم غائباً ، وقيل يقع من الغائب مع القدرة ، للحاجة الى ذلك .

٢ - من يقع منه الطلاق ؟ :-

يقع طلاق الزوج اذا كان بالغاً عاقلاً مستيقظاً حراً أو عبداً ، وزاد الجعفرية على ذلك أن يكون قاصداً مختاراً . ومن لم تتوفر فيه هذه الشروط لا يقع طلاقه . واليك بيان من لا يقع طلاقهم ، ثم بيان من يقع طلاقهم :

(أ) - من لا يقع طلاقهم :

أولاً - غير الزوج :

الزوج هو الذي بيده عقدة النكاح ، فالولي لا يملك التطليق على من في ولايته ، والسيد لا يملك التطليق على عبده ، يشهد لذلك ما روى عن ابن عباس من أن رجلاً جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها ، فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال : « ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، انما الطلاق لمن أخذ بالساق » . وقال الجعفرية يقع الطلاق للولي على من في ولايته اذا بلغ فاسد العقل .

أما الطلاق من رسول الزوج ، أو وكيله ، أو من الزوجة التي فوض لها الزوج طلاق نفسها ، أو من القاضي ، فانه يقع باتفاق ، ذلك لان الطلاق من كل هؤلاء يعتبر صادراً من الزوج نفسه ، أما من الرسول أو الوكيل فظاهر وأما من المفوضة فلان الزوج ملكها اياه فهي توقعه بتسليط منه ولو لا ذلك ما وقع طلاقها أبداً ، وأما القاضي فلانه لا يطلق الا في حالات مختلف فيها يتحتم فيها على الزوج أن يطلق فان أبى كان ظالماً ، والقاضي عليه رفع المظالم بتسليط

(١) راجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٢ ص ٥٨٩ .

من الشارع الذي أقامه مقام الزوج حين امتنع عن الطلاق •

ثانيا - الصغير :

المراد بالصغير من هو دون البلوغ ولو كان عاقلا مميّزا ، وهو لا يقع طلاقه باتفاق بين الحنفية والجعفرية لأن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق المطلق ، وتصرفات الصغير لا تنفذ شرعا الا اذا كانت نفعا محضا (١) •

ثالثا - غير العاقل :

ويشمل المجنون ، وهو من ذهب عقله ، والمعتوه وهو من ضعف عقله فاختلط كلامه وفسد تدبيره ، ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة ، ويلحق بهؤلاء المدهوش الذي اعترته حالة انفعال لا يدري فيها ما يفعل وما يقول ، وكذا الغضبان الذي بلغ به الغضب نهايته فلا يعلم ما يقول ولا يريد ، وكذا من بلغ به الغضب الى درجة الهذيان بحيث تختل وتضطرب أقواله وأفعاله ولو كان يعلم ما يقول وذلك على ما استظهره ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار حـ ٢ ص ٥٨٧ • أما الغضب الذي لا يغير العقل ويعلم صاحبه ما يقوله ويقصده فهذا لا شك في وقوع الطلاق معه ، وكذا لا يقع طلاق النائم والمنعمى عليه لأن النوم والاعماء وان كانا لا يذهبان بالعقل الا أنهما يذهبان بالادراك الذي هو معول الاعتداد بالقول •

رابعا - من لقن كلمة الطلاق فنطق بها وهو لا يفهم معناها :

وكذلك لا يقع طلاق من لقن كلمة الطلاق فنطق بها وهو لا يعرف معناها لانه لم يقصد مدلولها ، والعبرة بالمقاصد •

(١) قال الكمال بن الهمام في فتح القدير حـ ٣ ص ٣٨ - ٣٩ « ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر ، لأن المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم ، وكون البعض له ذلك لا يبني الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان الكلية وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب انه اذا عقل الصبي جاز طلاقه ، وعن ابن عمر رضي الله عنه جواز طلاق الصبي ومراده العاقل ومثله عن الامام أحمد ، والله أعلم بصحة هذه النقول » •

(ب) - من يقع طلاقهم :

أولا - السفية :

السفيه هو من خف عقله فصار يتصرف في ماله على خلاف مقتضى العقل ، وهذا يحجر عليه في ماله لكنه اذا طلق وقع طلاقه ، لانه يملك انشاء عقد الزواج فيملك ما هو من آثاره وهو الطلاق .

ثانيا - الهازل :

وهو الذي يلعب بالقول ويقصد التلفظ بالطلاق ولكنه لا يقصد وقوعه ، وانما يقع طلاقه زجرا له عن الهزل في موطن الجد ، وسدا للتلاعب ، فقد يتلفظ بالطلاق من يقصد وقوعه ثم يعود فيقول : انما كنت هازلا ، وقد صح عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله (ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد ، النكاح ، والطلاق ، والعقاق) - وقال الجعفرية لا يقع طلاق الهازل لانهم اشترطوا القصد ، والهازل لم يقصد الطلاق حتى يقع .

ثالثا - المخطيء :

وهو الذي يريد النطق بغير الطلاق فيسبق لسانه الى الطلاق ، وانما يقع طلاقه قضاءً فقط ، لان القاضي ليس له الا الظاهر ، ولا يقبل القاضي دعوى الخطأ سدا لباب التحايل . أما من ناحية الديانة ، فما دام لم يقصد التلفظ بالطلاق فلا يقع طلاقه فيما بينه وبين ربه ، ولا حرج على من تأكد صدقه في دعوى الخطأ أن يفتيه بعدم وقوع الطلاق .

رابعا - المكره :

ويقع طلاق المكره عند الحنفية لان الاكراه عندهم يفسد الرضا ، ولكن لا يفسد الاختيار ، فالمكره حينما تلفظ بالطلاق تلفظ به عن اختيار حيث قارن - تحت ضغط الاكراه - بين أمرين ، التلفظ بالطلاق ، ووقوع ما هدد

به ، فاختار أهون الامرين وهو الطلاق «١» .

وقد استدل الحنفية بما رواه محمد بن الحسن عن صفوان بن عمرو الطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا والا ذبحتك ، فناشدها الله فأبت ، فطلقها ثلاثا ، ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك ، فقال صلى الله عليه وسلم « لا قيلولة في الطلاق » «٢» ، أي لا رجوع فيه بعد وقوعه .

ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية أن طلاق المكره لا يقع ، لقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، ولأن الاكراه يفسد الاختيار كما يفسد الرضا واعتبار التصرفات الشرعية انما هو بالاختيار .

والذي نرجحه مذهب غير الحنفية ، لانه مذهب جمهور فقهاء الصحابة ، ولأن المكره على النطق بكلمة الكفر لا يعتبر كافرا باتفاق ، فكذا لا يكون المكره على كلمة الطلاق مطلقا ، وحديث (لا طلاق في اغلاق) يشهد لهذا ، لأن المكره قد أغلق عليه طريق الارادة فلم يكن له الى الطلاق قصد بته .

خامسا - السكران :

المراد بالسكران كل من تناول الخمر أو أي مسكر أو مخدر بحيث يغطي على عقله ويجعله يهذي ويخلط في كلامه ولا يعي بعد افاقته ما كان منه حال سكره ، وهذا يقع طلاقه عند جمهور فقهاء الحنفية زجرا له ، وكان مقتضى القياس أن لا يقع طلاقه كما هو رأي الجعفرية وكثير من الفقهاء لانه فاقد الادراك فلا قصد له فكان كالنائم ، بل هو أشد لان النائم اذا أوقظ استيقظ بخلاف السكران .

أما من سكر بتناول مباح ، أو بتناول محرم للضرورة أو تحت ضغط

(١) لو أكره على كتابة لفظ الطلاق فكتبه دون أن يتلفظ به ، أو أكره على الاقرار بالطلاق فأقر لا يحكم بوقوعه .

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٣٩ .

الاكراه ، فان طلاقه لا يقع على الراجح من مذهب الحنفية • ومن باب أولى لا يقع عند الجعفرية ومن وافقهم على أن طلاق السكران لا يقع مطلقا • هذا ولا يزال العمل في العراق (بالنسبة للقضاء السني) على وقوع طلاق المكره والسكران الذي لا يعذر في سكره ، وكذا كان العمل في مصر الى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م فنصت المادة الاولى منه على أن طلاق المكره والسكران لا يقع • ونرى أن هذا الرأي أولى بالقبول ، لان القائلين بوقوع طلاق المكره أثبتوا له اختيارا ، والحق أنه اختيار فاسد لا يرتب عليه حكم شرعي كالطلاق ، وإيقاع طلاق السكران قالوا انه استحسان يقصد به الزجر والعقوبة ، وعقوبة الطلاق تتعدى الى الزوجة والاولاد ولا ذنب لهم فأولى أن لا يحكم بوقوع الطلاق ويكفي أن يعاقب السكران بحده أو تعزيره •

٣ - من يقع عليها الطلاق :

ويقع الطلاق على الزوجة بشرط أن تكون زوجيتها قائمة بالفعل ، أو في عدة تصلح معها أن تكون محلا للطلاق • واشترط الجعفرية الزوجية ، والدوام ، والطهارة من الحيض والنفاس ان كانت مدخولا بها وكان الزوج حاضرا ، فان كان غائبا أو مجبوسا فبقدر انتقالها من طهر الى آخر ، وأن يكون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه ، ويسقط اعتبار هذا الشرط في الصغيرة واليائسة والحامل •

وعلى هذا فيقع الطلاق عند الحنفية على من هي زوجة بالفعل ، وعلى المعتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى ، وكذا المعتدة من كل فرقة هي طلاق ، ومن فرقة فسخ بسبب ردة أحد الزوجين أو إباطه الاسلام عند من يرى ذلك فسخا • ولا يلحق الطلاق المرأة الاجنبية «١» ، وكذا المعقود عليها عقدا باطلا

(١) يرى الحنفية أنه لو قال رجل لاجنبية ان تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها وقع الطلاق بمجرد العقد عليها لانه وان لم يكن زوجا ساعة التعليق الا أنه ربط الطلاق بحالة له فيها ملك على المرأة . وسيأتي تفصيل ذلك .

أو فاسدا ، والمطلقة قبل الدخول لانه لا عدة لها ، والمبانة بينونة كبرى ولو في
العدة ، وكل معتدة من فرقة هي فسخ غير فرقة الفسخ بسبب الردة أو الالباء
عن الاسلام عند من يراها فسخا .

ولا يلحق الطلاق عند الجعفرية الزوجة حال حيضها أو نفاسها ، أو حال
طهرها من حيض أو نفاس جامعها فيه ، وكذا لا يلحق الطلاق عندهم المعتدة
من طلاق رجعي قبل أن يراجعها ، لان هذا كله من قبيل الطلاق البدعي ،
والطلاق البدعي لا يقع عندهم . وكذا لا يلحق الطلاق المعتدة من طلاق بائن
ومن انفسخ نكاحها ولو بالالباء عن الاسلام .

الفصل الثالث

((في : طلاق السنة وطلاق البدعة))

- (١) حقيقة طلاق السنة وما يجب أن يراعى فيه (٢) أنواع طلاق السنة .
(٣) حقيقة طلاق البدعة وحكمه .

١ - حقيقة طلاق السنة وما يجب أن يراعى فيه :-

ينقسم الطلاق باعتبار الطريقة التي يسلكها المطلق في ايقاع الطلاق الى
قسمين ، طلاق السنة ، وطلاق البدعة .

فطلاق السنة هو الطلاق الذي جاء على وفق ما أرشد اليه الشارع في
كيفية ايقاع الطلاق ، وطلاق البدعة ما كان على خلاف ذلك .

ولابد في طلاق السنة كي يقع على الوجه المشروع - من مراعاة امور
تختلف باختلاف حال الزوجة من الدخول بها وعدم الدخول .

فطلاق السنة بالنسبة للمدخول بها لابد أن يراعى فيه امور ثلاثة :

أولا - الوقت : وهو وقت كون الزوجة في طهر لم يياشرها الزوج فيه
ولا في الحيضة التي قبله .

ثانيا - العدد : وهو كون الطلاق مرة واحدة فقط .

ثالثا - الوصف : وهو كون الطلاق رجعيا لا بائنا .

فاذا أراد الزوج أن يطلق زوجته المدخول بها طلاقا على جهة السنة أوقع عليها حال طهرها الذي خلا وخلت الحيضة السابقة عليه من المباشرة والطلاق طلقة واحدة رجعية • هذا ان كانت غير حامل ، فان كانت حاملا فلا يضر أن يطلقها عقب الجماع مباشرة ويكون ذلك طلاقا للسنة ايضا •

أما طلاق السنة بالنسبة لغير المدخول بها فيراعى فيه العدد فقط ، ولا يراعى الوقت ولا الوصف ، فاذا أراد الزوج أن يطلق زوجته التي لم يدخل بها طلاقا على جهة السنة يطلقها مرة واحدة ، حال طهرها أو حال حيضها ، والطلقة الواحدة تقع بآئنة ، لان غير المدخول بها لا يكون طلاقها الا بآئنا •

والحكمة في أنه لا بد من مراعاة الوقت فلا يطلق حال الحيض ولا حال الطهر الذي قارنه أو قارن الحيضة التي قبله مباشرة“ ، هي أن حالة الحيض منفرة بطبعها ، وسبق المباشرة تقتر معه الرغبة في الزوجة ، ومع النفرة وفتور الرغبة قد يرى الزوج تافه الامر عظيما فيعجل بالطلاق ، أما في حالة الطهر وعدم سبق المباشرة فالنفس الى الزوجة تائقة وفيها رغبة ، وفي ذلك ما يصرف الزوج عن الطلاق اذا لم يكن اليه ضرورة ملجئة • على أن الشارع راعى أيضا صالح الزوجة ودفع الضرر عنها لما يترتب على ايقاع الطلاق حال الحيض أو النفاس من اطالة العدة عليها ، وهذا ايداء لها ، ولما يترتب على ايقاعه بعد المباشرة من ايقاعها في حيرة من أمر عدتها فانها لا تدري أحملت فتعتد بوضع حملها ؟ أم لم تحمل فتعتد بالاقراء ؟

أما غير المدخول بها فالرغبة فيها صادقة ما لم يذوقها ، والحيض لا يقلل من رغبته فلم يكن طلاقها للبدعة ان يطلقها وهي حائض، وكذا الحامل لا يكون طلاقها للبدعة ان يطلقها عقب المباشرة ،لانه مع الحمل تقوى رغبة الزوج في زوجته لمكان ولده منها •

والحكمة في أنه لا بد من مراعاة العدد فلا يطلق الا طلقة واحدة هي أن يسهل على الزوج تدارك الامر لو ندم على الطلاق ، فاذا ما أراد أن يراجع زوجته وجد أمامه متسعا رحبا ومجالا فسيحا •

٢ - أنواع طلاق السنة :-

وطلاق السنة - عند الحنفية - نوعان أحسن وحسن . فالأحسن : هو أن يطلق الزوج زوجته المدخول بها غير الحامل طلقة واحدة رجعية في طهر لم يقع فيه ولا في الحيضة التي قبله مباشرة منه لها ولا طلاق ، ثم يتركها بعد ذلك الى أن تنقضي عدتها وتبين منه ، أو يطلق زوجته الحامل طلقة واحدة رجعية ولو بعد الجماع مباشرة ، أو يطلق زوجته غير المدخول بها ولو في الحيض .

والحسن : هو أن يطلق الزوج زوجته ثلاث طلقات في ثلاثة أطهار ان كانت تحيض ، أو في ثلاثة أشهر ان كانت لا تحيض دون أن يراجعها فيما بين ذلك ، بل كلما استقبلت حيضة أو شهرا طلقها حتى تنتهي الطلقات الثلاث في مدة العدة .

وانما كان هذا النوع الاخير (الحسن) من طلاق السنة لما ورد من أن عبد الله بن عمر لما طلق زوجته وهي حائض بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له « يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله ، قد أخطأت السنة ، ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة » .

ويرى المالكية والحنابلة أن طلاق السنة هو النوع الاول (الاحسن) لا غير . أما النوع الثاني وهو الحسن فبدعي لا سني لانه لم يثبت لديهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولان الحاجة الى الطلاق تندفع بالطلقة الواحدة ، فان طلقها بعد ذلك كان طلاقا لغير حاجة ، والطلاق لغير حاجة بدعي . ويرى الشافعية أنه لا بدعة في العدد ، بل البدعة في الوقت فقط ، لان النهي في حديث بن عمر وارد على الطلاق في وقت الحيض وفي طهر مسها فيه ، أما العدد فلا ذكر له في الحديث ، ومرجعه الى تقدير المطلق بعد ثبوت حاجته الى الطلاق .

ويرى الجعفرية أن طلاق السنة ثلاثة أنواع : بائن ، ورجعي ، وللعدة ، فالبائن ما لا يصح معه الرجعة كطلاق من لم يدخل بها . والرجعي ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع . وطلاق العدة ما يرجع فيه ويواقع ثم يطلق . فهذه تحرم في التاسعة تحريما مؤبدا وما عداها تحرم في كل ثلاثة حتى تنكح زوجا غيره .

٣ - حقيقة طلاق البدعة وحكمه :-

أما طلاق البدعة فهو ما كان على خلاف ما أرشد اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وذلك بأن يطلق الزوج زوجته طلقين أو ثلاثا دفعة واحدة أو على دفعات في طهر واحد ، أو يطلقها في طهرها بعد أن يطلقها وهي حائض دون أن يكون بين ذلك مراجعة ، أو يطلق زوجته المدخول بها في حال حيضها أو نفاسها ، أو يطلقها في طهر جامعها فيه أو جامعها في الحيضة التي قبله ، أو يطلقها طلقة واحدة بائنة كما هو ظاهر الرواية .

والطلاق البدعي حرام ، والآخذ به آثم . ولكن هل يقع ، أو لا يقع ؟ .
اختلف الفقهاء في ذلك ، فذهب أبو حنيفة وباقي الأئمة الأربعة الى أن الطلاق البدعي واقع ، لأن النهي ليس لذات الطلاق وإنما هو لمعنى في غيره وهو اطالة العدة على الزوجة وغير ذلك مما تقدم في بيان وجه الحكمة ، وكون طلاق البدعة حرام يأثم الآخذ به لا ينافي أنه يقع صحيحا فالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة حرام ومتعاطيه آثم ومع ذلك فهو صحيح ، وكذا الصلاة في الثوب المغصوب يأثم صاحبها وتقع صحيحة . ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه حين طلق ابنه عبد الله زوجته وهي حائض (مر ابنك فليراجعها) وهذا يقتضي وقوع الطلاق والا لما أمره بالمراجعة ، وقد صح عند البخارى قول ابن عمر (فحسبت على بطلقة) .

وذهب الجعفرية وجماعة من المحققين منهم ابن تيمية وابن القيم الى أن الطلاق البدعي لا يقع ، ودليلهم على هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أخبر بطلاق عبد الله بن عمر زوجته وهي حائض قال (ليس ذلك بشيء) وما ورد من قول ابن عمر في شأن طلاقه زوجته (فردها على ولم يرها شيئا) يريد النبي صلى الله عليه وسلم ، قالوا : والطلاق الذي يقع هو ما ملكه الله للمطلق ، ولهذا لا تقع الرابعة لأنه لم يملكه إياها ، وطلاق البدعة حرام لم يأذن به الله ولم يملكه للعبد حتى يقع ، ولو وقع ما كان للنهي عنه معنى . وأجابوا عن قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه (مر ابنك فليراجعها) بأن المراد المراجعة اللغوية أي رد الزوجة الى ما كانت عليه من

المعاشرة بالزوجية القائمة بدليل قول الرسول بعد ذلك (فانها امرأته) • وهناك أخذ ورد بين الفريقين ، والادلة لكل من المذهبين كثيرة ، والجدل حولها طويل ، والترجيح بينها ليس باليسير « ١ » •

الفصل الرابع

في : صريح الطلاق وكنايته

ينقسم الطلاق باعتبار اللفظ الدال عليه الى قسمين ، صريح وكناية •

الصريح :-

فالصريح هو ما يكون بلفظ يفهم منه عند النطق به معنى الطلاق دون حاجة الى نية أو قرينة ، فيشمل الالفاظ التي وضعت شرعا لمعنى الطلاق نحو « أنت طالق » والالفاظ التي تستعمل عرفا في الطلاق نحو « على الحرام » • وقد تقدم أن الكتابة المستنيية المرسومة ان كانت عبارتها بألفاظ صريحة تقوم مقام اللفظ الصريح في افادة معنى الطلاق ، وكذا اشارة الاخرس المفهومة ان كان لا يحسن الكتابة على الراجح من مذهب الحنفية •

وصريح الطلاق يقع ديانة وقضاءً دون توقف على قرينة أو نية ، لانه مع تعين المعنى ووضوح دلالة اللفظ عليه لا يكون بحاجة الى شيء من ذلك • نعم قد يحتمل اللفظ - مع كونه صريحا في الطلاق - معنى بعيدا لا ينصرف اليه اللفظ عند الاطلاق ويدعى المتلفظ به أنه أراد المعنى البعيد ، وذلك كأن يقول لزوجه يا طالق ويدعى أنه أراد أنها طالق من القيد الحسي فانه في هذه الحالة يصدق ديانة لا قضاء •

أما الجعفرية فصريح الطلاق عندهم لفظ (طالق) لا غير ويلحق به

(١) راجع فرق الزواج للاستاذ الشيخ علي الخفيف من ص ٢٣ الى

الكتابة المستبينة المرسومة للعاجز عن النطق وكذا اشارة الاخرس المفهومة «١»

الكناية -

أما كناية الطلاق ، فتكون بالالفاظ التي لم توضع في الاصل لمعنى الطلاق ولم يتعارف في الاستعمال قصرها عليه ، بل تحتل الطلاق وغيره نحو « اذهبي الى أهلك » فانها تحتل ارادة ابعادها عنه بسبب الغضب ، وتحتل ارادة طلاقها فتعود الى أهلها ، ونحو « أمرك بيدك » فانه يحتل انه أعطائها حرية التصرف في شأنها ، ويحتل أنه أراد طلاقها فعصمتها بيدها ، وغير ذلك كثير من ألفاظ الكناية ، نحو أنت بته ، وخلية ، وبرية ، واعتدى ، واستبرئي رحمك ، ويلحق بذلك الكتابة المستبينة غير المرسومة كما تقدم ، وليس للآخرس كناية بأشارته •

وألفاظ الكناية لا يقع بها الطلاق ديانة الا بالنية ، أما في القضاء فيقع بها الطلاق دون حاجة الى نية ان كانت الحال تدل على أنه يريد الطلاق ، ولو ادعى أنه لم ينو الطلاق رجحت دلائل الحال على دعواه (٢) ، فان كانت الحال

(١) مذهب الشافعية وهو رواية عن احمد أن صريح الطلاق لا يكون الا بأحد الالفاظ الثلاثة التي وردت في القرآن أو ما اشتق منها مما لا يستعمل عرفا الا في حل رابطة الزوجية ، وهذه الالفاظ هي الطلاق ، والفراق ، والتسريح - ومذهب المالكية وهو رواية اخرى عن احمد أن صريح الطلاق لا يكون الا بلفظ الطلاق وما اشتق منه مما لا يستعمل عرفا الا في حل رابطة الزوجية .

(٢) ذكر الحنفية ان الفاظ الكناية ثلاثة أنواع ، نوع يصلح جوابا لطلب الطلاق ولا يصلح رفضا له ولا شتما نحو اعتدى ، واستبرئي رحمك . ونوع يصلح جوابا لطلب الطلاق ويصلح أن يكون شتما نحو خلية ، وبرية . ونوع يصلح جوابا لطلب الطلاق ويصلح رفضا له نحو اذهبي ، واخرجي . وذكروا أن الاحوال ثلاثة أيضا ، الاولى حالة الغضب مطلقا ذكر فيها الطلاق أو لم يذكر ، وهذه يقع الطلاق فيها بألفاظ النوع الاول دون حاجة الى نية ، وان ادعى الرجل أنه أراد غير الطلاق لا يصدق ، ويقع الطلاق فيها بألفاظ النوع الثاني والثالث ان نواه ، فان لم

غير كافية في الدلالة على ارادة الطلاق بأن كانت محتملة للطلاق ولغيره ، فلا بد حينئذ من النية ، ويصدق الرجل في دعواه أنه أراد الطلاق أو أراد شيئاً آخر . هذا هو مذهب الحنفية ، وهو ما عليه العمل الى اليوم في العراق . أما في مصر فقد صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وفيه أن كنايات الطلاق لا يقع الطلاق بها الا بالنية ، والزوج مصدق في دعواه ، ولا يلتفت الى قرائن الاحوال ولا يؤخذ بها ، وهذا الذي أخذ به القانون هو رأي المالكية والشافعية . أما الجعفرية فانهم لا يرون وقوع الطلاق بألفاظ الكناية مطلقا .

الفصل الخامس

في : الطلاق المنجز ، والمعلق ، والمضاف الى زمن مستقبل

ينقسم الطلاق باعتبار ما تدل عليه الصيغة من ايقاع الطلاق دون توقف على شيء ، ومن ايقاعه متوقفا على تحقق شرط أو مجيء زمن ، الى ثلاثة أقسام : طلاق منجز ، وطلاق معلق ، وطلاق مضاف «١» . واليك بيان كل قسم وحكمه .

ينوه وادعى أنه أراد الشتم أو الرفض صدق . والحالة الثانية حالة الرضا المجردة عن ذكر الطلاق وهذه لا يقع الطلاق فيها بألفاظ الكناية بأنواعها الثلاثة الا بالنية ويصدق الرجل فيما نواه . والحالة الثالثة حالة الرضا التي جرى فيها ذكر الطلاق وهذه يقع الطلاق فيها بألفاظ النوعين الاولين دون حاجة الى نية ولا يصدق الرجل لو ادعى أنه لم يرد الطلاق ، ويقع الطلاق فيها بألفاظ النوع الثالث ان نواه ، وان ادعى أنه أراد الرفض صدق .

(١) وصح تعليق الطلاق و اضافته لانه اسقاط ملك النكاح والاسقاطات يصح فيها التعليق والاضافة كما هو الشأن في العتق والابراء من الدين ، بخلاف عقد الزواج فانه لا يكون الا منجزا لانه عقد تمليك وعقود التمليك لا تكون الا منجزة كما تقدم .

١ - الطلاق المنجز :-

الطلاق المنجز هو ما قصد به ايقاع الطلاق في الحال دون توقف على تحقق شرط أو مجيء زمن ، وذلك كقول الرجل لزوجته « أنت طالق » •
وحكم المنجز وقوعه بمجرد التلفظ بعبارته متى كان المطلق أهلا لايقاع الطلاق ، والمطلقة محلا لوقوعه •

٢ - الطلاق المعلق :-

أما الطلاق المعلق فهو مارتب وقوعه على وقوع أمر في المستقبل • وذلك يكون بكل صيغة علق فيها وقوع الطلاق على حصول شيء من الاشياء في المستقبل بأداة من أدوات الشرط ، نحو قول الرجل لزوجته « ان دخلت الدار فأنت طالق » وكذا قوله لزوجاته « أيتكن تخرج من بيتها فهي طالق » لانه وان كان خاليا من أداة الشرط لفظا فهو متضمن لها في المعنى •

شروط صحة التعليق :

ويشترط لصحة التعليق أمور :

أولا - أن يكون الزوج أهلا لايقاع الطلاق وقت التعليق ، وليس بشرط تحقق الاهلية عند وجود المعلق عليه ، وعلى هذا فلو علق الصغير طلاق زوجته على حصول شيء ثم وجد ذلك الشيء بعد بلوغه لا يقع الطلاق لعدم صحة التعليق ، أما ان تحققت أهلية المطلق عند التعليق ثم انعدمت عند تحقق الشرط فان الطلاق يقع ، وذلك كالبالغ العاقل يعلق طلاق زوجته ثم يجن ويقع الشرط حال جنونه •

ثانيا - أن تكون المرأة محلا لوقوع الطلاق وقت التعليق ووقت وقوع المعلق عليه ، وذلك بان تكون زوجة فعلا أو في عدتها من طلاق رجعي أو في عدتها من طلاق بائن بينونة صغرى ، فمن قال لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت الدار حال قيام الزوجية وقع طلاقها لوجود المحلية وقت التعليق ووقت تحقق الشرط •

ومن قال لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم طلقها طلقة منجزة قبل تحقق الشرط ، ثم وجد الشرط أثناء عدتها وقع عليها طلقة ثانية بمقتضى التعليق السابق ، لوجود المحلية وقت التعليق ووقت تحقق الشرط ، وان تحقق الشرط فى هذه الحالة بعد انقضاء العدة ، فلا يقع الطلاق المعلق ، لعدم المحلية وقت تحقق الشرط ولكن يهدم به التعليق فلو تزوجها بعد ذلك فدخلت الدار لا يقع طلاقها •

ثم انه ما دامت محلية المرأة للطلاق شرطا فى صحة التعليق فلا يصح تعليق طلاق الاجنبية على فعل من الافعال باتفاق • ولكن هل يصح تعليق طلاق الاجنبية على الزواج منها ، كأن يقول رجل لامرأة : ان تزوجتك فأنت طالق ؟ •• فى هذه المسألة اختلفت آراء المذاهب ، فالحنفية والمالكية (١) يقولون بصحة التعليق فى هذه الحالة ولو تزوجها وقع الطلاق بمجرد العقد • والشافعية والحنابلة يقولون بعدم صحة التعليق ويعتبرونه لغوا من القول لا أثر له • ومنشأ الخلاف بينهم هو : هل التصرف فى الطلاق المعلق يوجد عند وجود الصيغة ، أو يوجد عند وجود الملك ؟ ذهب الشافعية والحنابلة الى الاول فقالوا ان التصرف يوجد عند وجود الصيغة وان كان الحكم متأخرا ، وعند وجود الصيغة لم يكن الرجل أهلا للتصرف حتى يصح منه تعليق الطلاق • وذهب الحنفية والمالكية الى الثاني فقالوا ان التصرف يوجد عند وجود الملك وهذا كاف فى صحة التعليق •

(١) لا يوافق الامام مالك الحنفية فى القول بوقوع الطلاق المعلق على الزواج مطلقا ، بل يوافقهم فى حالة التخصيص باسم معين نحو ان تزوجت فلانة فهي طالق ، أو بوصف معين كقوله ان تزوجت ثيبا فهي طالق ، أو ببلدة معينة كقوله ان تزوجت امرأة من هذه البلدة فهي طالق • أما مع التعميم الشامل فلا يقع الطلاق عنده ، وذلك كما لو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق لانه مع التعميم يسد باب الزواج على نفسه ، ومع التخصيص يبقى الباب مفتوحا فيستطيع الزواج بغير من خصص •

والظاهر أن مذهب الشافعية والحنابلة أصح من مذهب الحنفية والمالكية لما ورد من قول النبي عليه الصلاة والسلام « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك » وان تأول الحنفية هذا الحديث فأصرح منه ما ورد من أن عبد الله بن عمرو بن العاص خطب امرأة فابى أولياؤها أن يزوجوها منه ، فقال : ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لا طلاق قبل النكاح » ، وقد ورد أن ابن عباس سئل عن هذه المسألة فقال : قال الله تعالى « .. اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » شرع الله الطلاق قبل النكاح فلا طلاق قبله . وأيضا فان أهلية المطلق شرط كمحلية المطلقة ، فكما لا يجوز أن يعلق الطلاق على أهلية المطلق كأن يقول الصغير ان بلغت فزوجتي طالق ، فكذلك لا يجوز أن يعلق الطلاق على محلية المطلقة . ثم ان الطلاق شرع للتخلص من متاعب الزوجية ، ومع عدم الزوجية لا متاعب فعلم ان يكون الطلاق ؟ .

ثالثا - أن يكون التعليق ووقوع المعلق عليه في حل واحد عند أبي حنيفة وصاحبيه خلافا لزفر . وعلى هذا فلو قال لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم طلقها ثلاثا قبل تحقق الشرط ، ثم تزوجها مرة ثانية بعد أن نكحت زوجها غيره ، ثم تحقق الشرط لأول مرة في أثناء زوجيتها الثانية لا يقع الطلاق عليها ، ذلك لانها عادت له بحل جديد ، والتعليق وقع في الحل الاول وقد زال بما فيه .

أما لو قال لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم أبانها بينونة صغرى قبل تحقق الشرط ، ثم عقد عليها قبل تحقق الشرط أيضا ، ثم تحقق الشرط لأول مرة بعد العقد فانه يقع الطلاق بمقتضى التعليق السابق ، لان البينونة الصغرى تزيل الملك فقط وزوال الملك لا يهدم التعليق انما يهدمه زوال الحل والحل باق . وهو في الزوجية الاولى عينه في الزوجية الثانية .

واذا كان التعليق بأداة تقييد التكرار مثل قول الزوج لزوجته كلما دخلت الدار فأنت طالق ، فانه يتكرر طلاقها بتكرر دخولها الدار ما دام ذلك في حل

واحد ، فان زال الحل بوقوع الطلاق عليها ثلاثا ثم عادت له بعقد جديد فدخلت الدار لا يقع بدخولها طلاق لان التعليق قد استنفد كل غرضه فلم يعد له أثر في الحل الجديد •

رابعاً - أن يكون التعليق حقيقياً على معنى أن يقصد المعلق من التعليق ربط حصول الطلاق بحصول شيء غير موجود حال التعليق ولكنه يمكن أن يوجد في المستقبل ويمكن ألا يوجد ، كقوله لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق وكان يقصد من ذلك وقوع الطلاق عند تحقق الدخول • أما أن كان التعليق صورياً لا حقيقياً بمعنى أنه لم يقصد ربط الطلاق بالشرط وانما قصد ايقاعه في الحال كان الطلاق منجزاً لا معلقاً ، وذلك كما لو تنازع الزوجان فقالت الزوجة لزوجها يا فاسق أو يا ظالم فقال لها : ان كنت كما قلت فأنت طالق فانه في هذه الحالة قصد مجازاتها على قولها بايقاع الطلاق عليها في الحال بصرف النظر عن كونه فاسقاً أو غير فاسق ، أو ظالماً أو غير ظالم •

وكذا يكون الطلاق منجزاً ان كان المعلق عليه موجوداً بالفعل وقت التعليق ، كقوله لزوجته ان كنت موظفة فأنت طالق وكانت موظفة بالفعل فانه يقع طلاقها في الحال لان التعليق هنا صوري لا حقيقي •

أما ان كان المعلق عليه مستحيل الوقوع كقوله لزوجته ان دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق فلا يقع به شيء بالكلية ، لان تعليق الطلاق على المستحيل معناه أنه لا يريده أبداً •

خامساً - ألا يكون التعليق على مشيئة من لا تعلم مشيئته ، فلو قال لزوجته أنت طالق ان شاء الله لا يقع الطلاق ، بشرط أن يكون قوله ان شاء الله متصلاً مسموعاً ، وذلك لان المعلق على مجهول مجهول ، والطلاق لا يقع بالشك •

سادساً - أن تكون صيغة التعليق متصلة الاجزاء بحيث لا يقع الفصل بين المعلق والمعلق عليه لغير ضرورة فان قال لزوجته : أنت طالق ، وبعد فترة ولو قصيرة قال : ان دخلت الدار ، كان منجزاً بالعبارة الاولى وهي أنت طالق ،

والتعليق بعدها لغو لا يلتفت اليه ، أما ان كان الفصل بين الشرط والجزاء بضرورة كعطاس أو سعال فلا يضر ذلك وتكون الصيغة متصلة والتعليق صحيحا .

سابعا - امكان البر بامكان تحقق الشرط الذي علق عليه الطلاق ، فاذا لم يكن البر ممكنا فلا يقع الطلاق ، وعلى هذا فمن قال لزوجته ان لم تصالحي أخاك غدا فأنت طالق فمات أخوها قبل مجيء الغد لا يقع الطلاق لعدم امكان البر لسبب خارج عن ارادتها ، وكذا لو قال لها ان لم تلبسي هذا الثوب غدا فأنت طالق فاحترق الثوب قبل مجيء الغد . وغير ذلك كثير من الامثلة .

حكم الطلاق المعلق :

الطلاق المعلق - من حيث معناه - نوعان : نوع في معنى اليمين ، ونوع ليس في معنى اليمين . أما النوع الذي في معنى اليمين فهو ما يراد به تأكيد الخبر أو الحمل على فعل شيء أو تركه ، فمثال ما قصد به تأكيد الخبر قول الرجل : على الطلاق لقد فعلت كذا ، أو ما فعلت كذا ، ومثال ما قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه قوله : على الطلاق لأفعلن كذا أو لأفعلن كذا، فهو يريد بذلك حمل نفسه على الفعل أو الترك ، وكذا قوله لزوجته : على الطلاق لا تخرجين من البيت ، وقوله لها : ان ذهبت الى السوق فأنت طالق يريد بذلك حملها على عدم الخروج من البيت ، وعلى عدم الذهاب الى السوق لا ايقاع الطلاق عند ذهابها الى السوق «١» . وهذا النوع مختلف في حكمه بين فقهاء المذاهب فمنهم من جعله في حكم اليمين بالله فاذا حث كفر كفارة اليمين ، ومنهم من جعله حلفا بالطلاق فاذا حث لزمه ما حلف به .

وحسبنا أن نذكر مذهب الحنفية في هذا النوع ، وخلاصة مذهبهم أن اليمين بالطلاق ان كانت في صورة التعليق بأداة من أدوات الشرط فهي ملزمة،

(١) يلاحظ أن التعليق في كل الامثلة المذكورة ما عدا الاخير تعليق في المعنى دون اللفظ لخلوه من أداء التعليق .

فمن قال لزوجه ان خرجت من الدار بغير اذني فأنت طالق يريد منعها من الخروج بغير اذنه تطلق بخروجها بدون اذنه • وهذا مذهب باقي الائمة الاربعة •

وان كانت اليمين بالطلاق ليست في صورة التعليق لخلوها من أدواته فقد اختلفت آراء فقهاء الاحناف في هذا فمن قائل ان الطلاق يقع بالحنث ، ومن قائل انه لا يقع ، ومرجع اختلافهم الى اختلاف العرف ، والراجح القول بالوقوع لان العرف جرى على اعتباره طلاقا معلقا ، وقد قال الكمال بن الهمام « وقد تعورف في عرفنا في الحلف : الطلاق يلزمني لا أفعل كذا ، يريد أن فعلته لزم الطلاق ووقع ، فيجب أن يجري عليهم لانه صار بمنزلة قوله : ان فعلت كذا فأنت طالق ، وكذا تعارف أهل الارياف الحلف بقوله : على الطلاق لا أفعل » (١) •

وأما النوع الذي ليس في معنى اليمين ، فهو ما يقصد به ايقاع الطلاق لا تأكيد أمر من الامور ، ولا الحمل على فعل شيء أو تركه ، وذلك كأن يتفاوض الزوجان في أمر الطلاق على مال فيقول لها الزوج : ان دفعت الى مائة دينار فأنت طالق ، فالزوج في هذه الصورة يقصد الطلاق ويريده ان تحقق ما علقه عليه من أدائها المائة دينار له • وهذا النوع حكمه وقوع الطلاق عند تحقق الشرط باتفاق المذاهب الاربعة • وكذا ابن تيمية وابن القيم •

وخلاصة القول ان ما ترجح واستقر عليه العمل في المذهب الحنفي هو أن الطلاق المعلق بصورة ومعنى ، أو معنى فقط ، متى توفرت فيه شروط التعليق ووجد المعلق عليه كان واقعا سواء أقصد الزوج الطلاق ، أم قصد تأكيد الخبر ، أم قصد الحمل على فعل شيء أو تركه ، وسواء أكان الشرط المعلق عليه من فعل الزوجة ، أم من فعل الزوج ، أم من فعل غيرهما ، أم أمرا سماويا لا دخل لاحد فيه • وليس للزوج أن يرجع عن تعليقه الطلاق بعد صدوره منه ،

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٤٨ •

لانه في معنى اليمين ، واليمين لا يصح الرجوع فيها بعد صدورها اتفاقا .
هذا ولا يزال العمل يجري في المحاكم السنية العراقية على مذهب أبي حنيفة ، أما في مصر فقد كان العمل على هذا أيضا الى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م فنصت المادة الثانية منه على أنه « لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير » « ١ » . ومعلوم أن الجعفرية لا يقولون بوقوع الطلاق المعلق على أية حال .

٣ - الطلاق المضاف :-

وأما الطلاق المضاف فهو ما أضيف الى زمن مستقبل ، بأن قرنت صيغته بوقت مستقبل قصد ايقاع الطلاق عند حلوله ، وذلك كقول الرجل لزوجته أنت طالق غدا أو بعد شهر « ٢ » .

(١) ما جاء في هذه المادة مأخوذ من مذهب بعض الصحابة وبعض التابعين وكثير من الفقهاء كابن تيمية وابن القيم ، ومن مذهب الجعفرية والظاهرية . والذي حمل المشرع المصري على ترك مذهب الحنفية والاخذ بهذا الرأي هو ما صار اليه أمر كثير من الناس من الحلف بالطلاق لأتفه الاسباب وبدون رغبة في ايقاع الطلاق ، وقد يكون الحلف بالطلاق لترويج سلعة أو تأكيد كذبة ، والطلاق لم يشرع لشيء من ذلك فرأى أن الاخذ بمذهب الاحناف يؤدي والحالة هذه الى تمزيق حياة كثير من الاسر وما دامت البلوى قد عمت فما الذي يمنع من الاخذ بمذهب غير الحنفية وفيه مخرج من هذه النتيجة القاسية ؟ ولاستاذنا الشيخ عبد الرحمن تاج شيخ الازهر السابق مناقشة قيمة للمادة المذكورة ولمذهب ابن تيمية ومقارنة بين نص المادة والنص الذي نقله عن ابن تيمية فراجع كتابه الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية من ص ٣١٢ الى ٣١٦ .

(٢) ذكر الحنفية أن الاضافة لا تصح الى زمن ماض ، فلو قال لزوجته أنت طالق أمس ولم يكن طلقها أمس اعتبر ذلك انشاء للطلاق فيقع من حين النطق ما دامت زوجية المرأة ثابتة في الامس . فان لم تكن الزوجية ثابتة في الامس فلا يقع الطلاق لانه أضيف الى زمن لم تكن فيه المرأة محلا للطلاق فكان لغوا .

وحكم هذا النوع أنه ينعقد في الحال سببا لوقوع الطلاق ولكنه لا يقع بالفعل ولا تترتب عليه آثاره الا عند مجيء الوقت الذي أضيف اليه على شرط أن يكون الزوج أهلا لايقاع الطلاق عند صدور الصيغة منه ، وأن تكون الزوجة محلا لوقوع الطلاق عليها حين صدور الصيغة وعند حلول الوقت الذي أضيف اليه الطلاق . ومذهب الجعفرية أن الطلاق المضاف لا يقع به شيء ولا يترتب عليه أثر ما .

الفصل السادس

« في : الطلاق الرجعي والطلاق البائن »

ينقسم الطلاق باعتبار أثره الى قسمين ، طلاق رجعي ، وطلاق بائن ، واليك بيان كل قسم وحكمه :

« القسم الاول » - الطلاق الرجعي

١ - تعريفه :-

الطلاق الرجعي هو الذي يسلك الزوج بعده اعادة زوجته اليه ما دامت في العدة ، بدون توقف على رضاها ، وبدون حاجة الى عقد ومهر جديدين . والطلاق الرجعي هو الاصل في الطلاق لقوله تعالى « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح باحسان » ولقوله « ... وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا اصلاحا » بعد قوله « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . فالله سبحانه وتعالى جعل للزوج الحق في أن يطلق زوجته مرة بعد مرة وجعل له بعد ذلك الحق في مراجعة زوجته ما دامت في العدة أو تسريحها بأن يتركها بلا مراجعة حتى تنقضي عدتها فتبين منه .

٢ - متى يكون الطلاق رجعيا ؟ :-

ويكون الطلاق رجعيا في حالتين :

الحالة الاولى - اذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقي بلفظ صريح من مادة الطلاق ، بشرط تجرده عن كل ما يدل على الشدة أو ارادة الانفصال التام ، وبشرط ألا يكون مقابلا بمال ، ولا مقرونا بعدد الثلاث ، ولا مكملا للثلاث .

الحالة الثانية - اذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقي بلفظ من ألفاظ الكناية التي ليس فيها معنى الشدة والانفصال التام ، نحو : اعتدى ، واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة ، اذا انوى بذلك الطلاق .

هذا عند الحنفية ، أما الجعفرية فيكون الطلاق الرجعي عندهم بعد الدخول الحقيقي بصريح لفظ الطلاق ، وعلى صيغة اسم الفاعل ، مع اضافته الى الزوجة ، واقراره بالنية ، وخلوه من العوض ، ولو مع اقراره بعدد الثلاث أو بما يدل على الشدة والانفصال التام . والفاظ الكنايات كلها لا يقع بها - عند الجعفرية - طلاق رجعي ولا بائن .

٣ - حكم الطلاق الرجعي :-

الطلاق الرجعي لا يؤثر على الزوجية بحال ، لانه لا يزيل الملك ولا الحل «١» ما دامت العدة باقية ، ولهذا تثبت معه الاحكام الآتية :

أولا : تنقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته ، فان كان يملك عليها ثلاثا بقيت له ثنتان ، وان كان يملك ثنتين بقيت له واحدة «٢» .

(١) المراد بالملك الحقوق الزوجية التي لكل من الزوجين على صاحبه . والمراد بالحل كون المرأة حلالا للرجل لم يحرمها الطلاق فله أن يتزوجها .
(٢) يملك الحر على زوجته الحرة ثلاث طلقات باتفاق ، فان طلقها واحدة بقيت له طلقتان ، وان طلقها طلقتين بقيت له واحدة ، فان طلقها الثالثة لم يبق له شيء . وكذلك يملك العبد على زوجته الامة طلقتين باتفاق . . ولكن ما هو عدد الطلقات التي يملكها الحر على زوجته الامة، والتي يملكها العبد على زوجته الحرة ؟ ذهب الحنفية والجعفرية الى أن العبرة في عدد الطلقات بالزوجة فيملك زوج

ثانيا - للزوج حق مراجعة زوجته ما دامت العدة باقية دون توقف على رضاها ، ومن غير عقد ومهر جديدين ، والمراجعة تكون بالقول وتكون بالفعل على ما سيأتي •

ثالثا - ما دامت العدة باقية فجميع الحقوق الزوجية باقية ، فلزوج على زوجته حق الاستمتاع وحق الطاعة ، وللزوجة على زوجها حق النفقة بأنواعها الثلاثة •

رابعا - يبقى التوارث بين الزوجين ما بقيت العدة قائمة ، فأيهما مات ورثه الآخر اذا لم يكن هناك مانع من موانع الارث عند الموت •

خامسا : لا يحل ما أجل من المهر الى أقرب الاجلين بمجرد الطلاق لان الزوجية قائمة ، وانما يحل المؤجل اذا انتهت العدة بدون مراجعة حيث تكون الزوجة قد بانت من زوجها •

سادسا : لا يجوز باجماع أن يعقد الرجل على من لا يحل له أن يجمع بينها وبين مطلقته ما دامت العدة باقية ، لان المعتدة من طلاق رجعي زوجيتها قائمة مدة العدة فاذا عقد على أخت مطلقته - مثلا - في عدتها كان جامعا بين الاختين وهو لا يجوز ، وكذا لا يجوز له - أثناء العدة - أن يعقد على خامسة اذا كانت المطلقة رابعة والا كان متزوجا بأكثر من أربع وهو لا يجوز أيضا •

« القسم الثاني » - الطلاق البائن

١ - أقسامه وتعريف كل قسم :-

ينقسم الطلاق البائن الى قسمين ، بائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة

الامة عليها طلقتين فقط حرا كان أو عبدا ، ويملك زوج الحرة عليها ثلاث طلاقات حرا كان أو عبدا ، ودليلهم قوله عليه الصلاة والسلام (طلاق الامة ثنتان ، وعدتها حيضتان) . وذهب الاثمة الثلاثة الى أن العبرة في عدد الطلاقات بحال الزوج ، فيملك الحر على زوجته حرة كانت أو أمة ثلاث طلاقات ، ويملك العبد على زوجته حرة كانت أو أمة طلقتين ، ودليلهم قوله عليه الصلاة والسلام (الطلاق بالرجال والعدة بالنساء) .

كبرى • فالبائن بينونة صغرى ، هو الذي لا يملك الزوج بعده أن يعيد اليه زوجته الا برضاها وبعقد جديد ومهر جديد ، دون توقف على أن تنكح بعده زوجها آخر •

والبائن بينونة كبرى هو الذي لا يملك الزوج بعده أن يعيد اليه زوجته الا برضاها وبعقد جديد ومهر جديد بعد أن تنكح زوجها آخر نكاحا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يفارقها بسبب من أسباب الفرقة أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه •

٢ - متى يكون الطلاق بائنا ؟ -

ويكون الطلاق بائنا في حالات متعددة وهي ما يلي :

الحالة الاولى - اذا انقضت العدة في الطلاق الرجعي ولم يراجع الزوج زوجته بانت منه بينونة صغرى وسقط حقه في المراجعة •

الحالة الثانية - اذا كان الطلاق قبل الدخول الحقيقي ، وذلك لان من طلقت قبل الدخول لا عدة عليها بصريح قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتهم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعهن وسرحوهن سراحا جميلا » وحيث لا عدة فلا مراجعة ، لان المراجعة لا تكون الا في العدة • أما الطلاق بعد الخلوة الصحيحة المجردة عن الدخول فيقع بائنا أيضا وان كان على المرأة أن تعتد بعده عند الحنفية لان العدة هنا للاحتياط فقط •

الحالة الثالثة - اذا كان الطلاق نظير عوض مالي تقتدي به الزوجة نفسها من زوجها بحيث لا يكون له سلطان عليها ، وهذا لا يتحقق الا بكون الطلاق بائنا • ويدخل في الطلاق على مال الطلاق في نظير أن تبرى الزوجة زوجها من مؤخر مهرها أو من نفقة عدتها •

الحالة الرابعة - اذا كان لفظ الطلاق مقرونا أو موصوفا بما في يفيد معنى الشدة أو الانفصال التام نحو أنت طالق طلقة شديدة ، أو قوية ، أو

بأئنة ، أو اشد الطلاق ، أو اسوأه ، أو طلقة لا رجعة فيها ، أو طلقة تملكين بها نفسك . وهذه كلها ألفاظ صريحة من مادة الطلاق لا يتوقف وقوع الطلاق فيها على نية ، وقد ألحقوا بها ما يجري على ألسنة بعض الناس من نحو علي الحرام ، وأنت حرام ، وأنت خالصة وغيرها من الألفاظ التي لا تستعمل عرفا إلا في الطلاق . ومذهب الجعفرية أن الطلاق المقترن أو الموصوف بما يدل على الشدة لا يكون إلا واحدة رجعية .

الحالة الخامسة - إذا كان الطلاق بلفظ من ألفاظ الكنيات التي تفيد معنى الشدة والافتصال التام ، نحو أنت بثة ، أو خلية . والكنيات كما علمت لا بد لوقوع الطلاق بها عند الحنفية من دلالة الحال أو النية . وعند الجعفرية لا يقع بها الطلاق مطلقا كما تقدم .

الحالة السادسة - وهي خاصة بالجعفرية - أن طلاق من بلغت سن اليأس ، والصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين يكون بائنا سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل ، وهذا مبني على أن اليأس والصغيرة لا تجب عليها عدة بالطلاق عندهم .

الحالة السابعة - إذا كان الطلاق مكملا للثلاث بآت به الزوجة بينونة كبرى باجماع الفقهاء لصريح قوله تعالى « ... فان طلقها - يعنى للمرة الثالثة - فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » . وكذا يكون الطلاق بائنا بينونة كبرى عند الحنفية وجمهور الفقهاء إذا كان مقرونا بعدد الثلاث نحو أنت طالق ثلاثا ، أو كان مكررا ثلاث مرات في مجلس واحد بالنسبة للمدخل بها «^١» نحو أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق .

ودليل الحنفية ومن معهم على وقوع الطلاق ثلاثا إذا اقترن بعدد الثلاث

(١) قيدنا بالمدخول بها لان الطلقة الاولى تصادفها حال قيام الزوجية حقيقة والثانية تصادفها وهي في العدة وكذلك الثالثة . أما غير المدخول بها فتصادفها الطلقة الاولى حال قيام الزوجية فتبين بها ولا عدة عليها فاذا جاءت الطلقة الثانية والثالثة لم يكن لهما محل .

أو تكرر لفظه ثلاثا في مجلس واحد ما ورد من أن ابن عمر لما طلق زوجته وهي حائض وأمره الرسول صلى الله عليه وسلم أن يطلقها للسنة قال ابن عمر : أرأيت لو طلقته ثلاثا أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال : لا ، كانت تبين منك وتكون معصية • وما ورد في سنن أبي داود من أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة المزنية البتة فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال : والله ما أردت الا واحدة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال ركانة والله ما أردت الا واحدة ، فردها اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فطلقها الثانية في زمن عمر ، والثالثة في زمن عثمان • وهذا الحديث صريح في أن الطلاق بلفظ (البتة) لو نوى به الثلاث وقع ثلاثا ، وهو يفيد بطريق الاولى أنه لو كان بلفظ الثلاث يقع ثلاثا • وكذلك استدلوا بما ورد من أن عمر وعثمان وعليا وابن مسعود وابن عباس وغيرهم من الصحابة كانوا يفتنون بأن من طلق زوجته ثلاثا وقع ثلاثا • وقد روي أبو داود عن مجاهد قال : كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال له انه طلق امرأته ثلاثا ، فسكت حتى ظننت أنه رادها اليه ، ثم قال : ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا بن عباس ، يا بن عباس ، وان الله قال « ومن يتق الله يجعل له مخرجا » وانك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجا عصيت ربك وبانت منك امرأتك • وعن الامام مالك أنه بلغه أن رجلا قال لابن عباس : اني طلق امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى علي ؟ فقال ابن عباس : طلقك ثلاث ، وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا •

أما الجعفرية ، ومعهم بن تيمية وابن القيم ، فقد ذهبوا الى أن الطلاق المقرون بعدد الثلاث أو المكرر ثلاث مرات في مجلس واحد لا يقع به سوى طلاق واحدة رجعية «^(١)» ولهم على هذا أدلة كثيرة منها أن الله تعالى قال

(١) ذكر ابو جعفر الطوسي في مسائل الخلاف ج ٢ ص ٨٩ أن بعض الجعفرية يرى أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به شيء . ويظهر أنهم استندوا في هذا الى أن الطلاق على هذه الكيفية منهى عنه ، والمنهى عنه غير مشروع ، وغير المشروع ساقط الاعتبار .

« الطلاق مرتان » يعني دفعتان ، ثم قال بعد ذلك « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » ومن جمع ما بين الثلاث ما طلق مرتين ولا الثالثة «^١» . وأجاب الحنفية عن هذا بأن كلمة مرتين كما تطلق ويراد منها دفعتين تطلق أيضا ويراد منها مضاعفة الشيء ولو في دفعة واحدة كقوله تعالى « اولئك يؤتون أجرهم مرتين » ولو سلم أن لفظ مرتين في الآية لا يراد به الا دفعتين فذلك للتنبيه على ما هو الاولى في الطلاق ، وليس في الآية ما يدل على عدم احتساب الطلقتين أو الثلاث لو كانت بلفظ واحد ، أو مكررة ثلاثا في كلام واحد .

واستدل الجعفرية أيضا بما ورد عن ابن عباس من أن ركانة بن يزيد طلق امرأته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا ، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف طلقتهما ؟ قال طلقتهما ثلاثا ، قال في مجلس واحد ؟ قال نعم ، فقال صلى الله عليه وسلم : انما تلك واحدة فراجعها ان شئت ، قال : فراجعها . ورد الحنفية هذا الحديث بأنه منكر لمخالفته الثقات الاثبات ، والزيادة الواردة في الرواية الاخرى المتقدمة زيادة لا ترددها الاصول فوجب قبولها لثقة ناقلها ، والشافعي نفسه روى حديث ركانة بالرواية التي استدل بها الحنفية ، وقد قال بعض العلماء ان الشافعي وعنه وجده أهل بيت ركانة وهم أعلم بالقصة التي عرضت لهم .

واستدل الجعفرية أيضا بما رواه مسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر ، طلاق الثلاث يقع واحدة ، فقال عمر بن الخطاب : ان الناس قد استعجلوا أمرا لهم فيه أناة ، فلو أمضينا عليهم ، فأَمْضَاهُ . قالوا : فمن جعل الثلاث بلفظ واحد ، أو بالفاظ مكررة في مجلس واحد طلقة واحدة يكون متبعا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومن جعلها ثلاثا يكون متبعا عمر رضى

الله عنه ، ورأى الرسول أولى ، لانه لا يخطئ ، أما عمر فمجتهد يخطئ
ويصيب . وأجاب الحنفية عن هذا الحديث بأن عمر رضى الله عنه ما غير ولا
بدل بل جرى على ما كان عليه العمل على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ،
والصحابة وافقوه على رأيه ولو كان مبتدعا غير ما عرف عن الرسول
لعارضوه . وتأولوا الحديث : بأن الناس كانوا يطلقون طلقة واحدة هذا
الذي يطلقون ثلاثا كما ذكره القرطبي ، ولفظ استعجلوا في الحديث يدل على
أنهم أحدثوا في الطلاق ما لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ،
ولو كان حالهم في زمن عمر على ما كان عليه زمن الرسول ما قال عمر ذلك
القول ولا عاب عليهم أنهم استعجلوا أمرا كانت لهم فيه أناة . وقيل ان معنى
الحديث أن الطلاق الذي يكون بتكرار عبارة الطلاق ثلاث مرات في كلام واحد
كان الرسول يمضيه طلقة واحدة لان الناس كانوا يقصدون بذلك التأكيد
فقط وكانوا يصدقون في دعوى التأكيد لدينهم وأمانتهم . أما على عهد عمر
فالناس غير الناس وفيهم من كان يقصد بالتكرار انشاء الثلاث لا التأكيد فسداً لباب
التلاعب أجرى عمر اللفظ على ظاهره بلا تفرقة بين مدعى التأكيد ومدعى
التأسيس لان الناس لتغير أحوالهم ما صاروا يصدقون كما كانوا يصدقون
على عهد رسول الله وهذه حكمة عمر وسياسته وقد أقره عليها صحابة رسول
الله صلى الله عليه وسلم . ثم ان ابن عباس الذي أثر عنه هذا القول كان يفتى
بلزوم الطلقات الثلاث لمن أوقعها مجتمعة ، ولا شك أنه ادرى بتفسير كلامه
فلا وجه بعد ذلك لحمل الحديث على ما ذهب اليه الجعفرية وموافقوهم .
هذا ، وفي مصر يجري العمل على ما ذهب اليه الجعفرية من أن طلاق الثلاث
يقع واحدة رجعية ، فقد نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩
على أن الطلاق المقترن بعدد الثلاث لفظاً أو اشارة لا يقع الا واحدة (١) .

(١) ليس في نص المادة ما يدل على أن الواحدة رجعية ولا ما يدل على أن
الطلاق الذي تكرر صيغته ثلاث مرات في مجلس واحد يكون واحدة رجعية ولكن



٣ - حكم الطلاق البائن :-

تقدم أن الطلاق البائن ينقسم الى قسمين ، بائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة كبرى ، ولكل منهما أحكام تتعلق به :

أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى :

(١) أنه يزيل الملك ولا يزيل الحل ، وعليه فإن أحكام الزوجية تنقطع في الحال ولا يبقى منها سوى أن تعتد المرأة في منزل الزوجية عند الحنفية ، وفي أي مكان شئت عند الجعفرية ، وكذا وجوب النفقة لها مدة العدة حاملا كانت أو غير حامل عند الحنفية ، وبشرط كونها حاملا عند الجعفرية .

(٢) أنه ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته .

(٣) بسجرد وقوع الطلاق البائن يحل ما كان مؤجلا من المهر الى أقرب

الاجلين ، (الطلاق أو الموت) .

(٤) اذا مات أحد الزوجين ولو في أثناء العدة فلا يرثه الآخر ، لان سبب

الارث وهو الزوجية قد زال بالطلاق ، ولكن اذا كان الزوج قد أوقع الطلاق

حال مرضه قاصدا حرمان الزوجة من الميراث فانها ترثه ان مات وهي في العدة

معاملة له بنقيض مقصودة .

أحكام الطلاق البائن بينونة كبرى :

(١) أنه يزيل الملك والحل معا ، وعليه فإن كل الحقوق الزوجية تنقطع

في الحال ولا يبقى منها سوى العدة ونفقتها ، على الخلاف السابق بين الحنفية

والجعفرية .

(٢) البينونة الكبرى نهاية ما يملك الزوج على زوجته من الطلاق ،

وعليه فلا محل بعدها لطلاق آخر يوقعه الزوج على المرأة .

(٣) لا يستطيع الزوج أن يعيد اليه الزوجة المبانة بينونة كبرى الا بعد

يمكن أخذ ذلك من روح المادة المذكورة ومن نص المادة الخامسة من القانون المذكور وهي (كل طلاق يقع رجعا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال) .

أن تتزوج زوجا آخر زواجا صحيحا ، ويدخل بها دخولا حقيقيا «١» ، ثم يطلقها لسبب من أسباب الطلاق أو يموت عنها ، ثم تنقضي عدتها ، وحينئذ يجوز له أن يعقد عليها برضاها عقدا جديدا بمهر جديد •

(٤) يحل به مؤجل المهر كما تقدم في أحكام البينة الصغرى •

(٥) إذا مات أحد الزوجين ولو أثناء العدة لا يرثه الآخر كما تقدم في

أحكام البينة الصغرى •

هذا هو الطلاق الرجعي والطلاق البائن ، وهذه هي أحكام كل منهما بالنسبة لكل من مذهب الحنفية ومذهب الجعفرية • والعمل في المحاكم العراقية لا يزال الى اليوم يجري على ما ذكرناه ، أما في مصر فقد جرى العمل أخيرا بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن « كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال » هذا بالنسبة للطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته ، أما بالنسبة للطلاق الذي يوقعه القاضي بطلب من الزوجة فقد جرى العمل في مصر على أنه يكون رجعيا اذا كان بسبب عدم الاتفاق على الزوجة أو العسر بالنفقة ، ويكون بائنا في كل ما عدا ذلك من الحالات التي يطلق فيها القاضي على الزوج ، وسنبين عند الكلام عن باقي فرق الزواج ما يعتبر منها طلاقا رجعيا وما يعتبر بائنا على كل من مذهب الحنفية والجعفرية •

وقبل أن تترك هذا البحث نرى أن نعرض للكلام عن ثلاث مسائل تتصل بموضوع الطلاق الرجعي والبائن وهي :

(١) عند الحنفية والجعفرية يصح أن يكون الزوج الثاني مراهقا قريبا من البلوغ ودخوله بالزوجة يحلها لزوجها الاول . ونكاح المتعة عند الجعفرية لا يحل المرأة لزوجها الاول . ولا يشترط الحنفية كون الوطء من الزوج وطأ حلالا ، أما الجعفرية فقد ذكر ابو جعفر الطوسي في مسائل الخلاف ح ٢ ص ٩٩ : أنه اذا وطئها الزوج الثاني في حال يحرم وطؤها فيه ، بأن يكون أحدهما صائما أو محرما أو تكون المرأة حائضا أو نفساء فانها لا تحل به للاول . ومن الحنفية من قال بهذا •

- (١) هل ألفاظ الطلاق المجردة عن العدد يصح معها نية العدد أو لا ؟
(٢) نكاح التحليل وحكمه .
(٣) هل يهدم الزوج الثاني طلاق الزوج الاول ، ثلاثا كان أو دون الثلاث ؟ • واليك توضيح كل مسألة على حدة •

المسألة الاولى - هل ألفاظ الطلاق المجردة عن العدد يصح معها نية العدد أولا ؟

ذهب الحنفية الى أن الألفاظ التي يقع الطلاق بها رجعيًا مثل أنت طالق من ألفاظ الصريح ، وأنت واحدة من ألفاظ الكناية لا يقع الطلاق بها الا واحدة رجعية ، ونية البيونة الصغرى أو الكبرى لا تصح ، وكذا لا تصح نية الثنتين ، لان النية لا تعمل الا فيما يحتمله اللفظ ، واللفظ هنا لا يحتمل شيئًا من ذلك حتى تصح نيته ، وخالف زفر فقال تصح نية الرجعي والبائن بقسميه • أما ألفاظ الطلاق المقترنة أو الموصوفة بما يدل على الشدة وقطع الصلة بتاتا ، صريحة كانت أو كناية فحكمها أنه لو نوى المطلق بها ثلاثا كانت ثلاثا ، والا وقعت واحدة بآئنة ، أما نية الثنتين فلا تصح لان الثنتين عدد محض لا يحتمله اللفظ فلا تعمل فيه النية •

وذهب الشافعية الى أن الطلاق بألفاظ الصريح أو الكناية ولو مقرونة بما يدل على الشدة ، لا يكون الطلاق بها الا واحدة رجعية ولو مع نية البيونة •

وذهب الجعفرية الى أن صريح الطلاق ولو مقترنا بما يدل على الشدة لا يقع به الا واحدة رجعية ولو مع نية البيونة ، أما ألفاظ الكناية فلا يقع بها طلاق على أية حال •

ولكن يشهد لمذهب الحنفية ما رواه أبو داود وغيره من أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة بآئنة ، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك ، فقال له : ما أردت الا واحدة ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال ركانة : والله ما أردت الا واحدة ، فردها

إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم • فسؤال الرسول صلى الله عليه وسلم لركانة وتقريره باليمين أنه ما أراد الا واحدة دليل على أنه لو أراد الثلاث وهي البينونة الكبرى لأمضاها عليه ، فكذا لو أراد البينونة الصغرى بل هي أولى •

المسألة الثانية - نكاح التحليل وحكمه :

عرفت - فيما تقدم - أن المبانة بينونة كبرى لا يصح رجوعها الى من أبانها الا بعد أن تتزوج زوجا آخر زوجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ، وعلى هذا فان كان الزواج غير صحيح فلا تحل به لزوجها الاول ولو كان معه دخول حقيقي ، وان كان الزواج صحيحا ولم يكن معه دخول حقيقي فلا تحل به كذلك لزوجها الاول ، وهذا الذي ذكرناه ثابت بالكتاب والسنة ، أما الكتاب فقوله تعالى « ... فان طلقها - أي الطلقة الثالثة - فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » والنكاح في الآية مراد به الوطاء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج في قوله زوجا غيره ، فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تأكيدا ، والتأسيس أولى من التأكيد (١) •

وأما السنة فما رواه البخاري وغيره عن عائشة رضى الله عنها قالت : جاءت امرأة رفاعة القرظى الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : كنت عند رفاعة القرظى فأبت طلاقي فتزوجت بعده بعبد الرحمن ابن الزبير (بفتح الزاي المشددة) وانما معه مثل هدية الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدين أن ترجعي الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك • وجاء في رواية أخرى : أنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات • هذا والعقل يقضى بأن الدخول الحقيقي لا بد منه حتى يحل المرأة لزوجها الاول ، ذلك أن الله تعالى ما أراد بالزواج الثاني الا زجر

(١) شرح العناية على الهداية ج ٣ ص ١٧٥ (هامش فتح القدير) •

المطلق ثلاثا ، والزجر انما يظهر في الدخول الحقيقي لا في مجرد العقد ، اذ الدخول هو الذي يأنف منه الزوج ، والعقد بمجرد تنقله النفس بلا أنفة وبلا غضاضة • هذا هو حكم الشارع فيما تحل به المبانة ثلاثا لمن أبانها ولم يخالف في ذلك أحد من الصحابة والتابعين ، وما يروى عن سعيد بن المسيب من أنه كان يرى مجرد العقد كاف في التحليل ، يراه العلماء غاية في الغرابة ويقولون لعله لم يبلغه الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقيل أنه رأى ارتآه ثم رجع عنه •

... ولكن يحدث كثيرا أن بعض الناس يتزوج المطلقة ثلاثا بقصد احلالها لزوجها الاول ، فهل مثل هذا تحل به الزوجة أو لا تحل ؟

اتفق فقهاء الحنفية والجعفرية على أن الزوج لو نوى في نفسه تحليها للزوج الاول دون تصريح بذلك عند العقد فان الزوجة تحل به ، لان العقود لا تؤثر في صحتها النية المجردة • أما اذا تزوجها على أن يحلها لزوجها الاول بأن يقول : تزوجتك على أن أحلك له أو تقول هي تزوجتك على أن تحلني له فقد اختلف فقهاء الحنفية في ذلك ، فذهب أبو حنيفة وزفر وهو مذهب الجعفرية الى أن الزواج صحيح ولكنه مكروه كراهة تحريم لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » • أما شرط التحليل فشرط فاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر على صحة العقد ، ولا يعمل بها ، ولذا كان للزوج الثاني أن يبقى على زوجيته وليس لاحد أن يجبره على الطلاق ، وما دام العقد صحيحا فان المرأة تحل لزوجها الاول ان طلقها زوجها الثاني بعد دخوله بها •

وذهب أبو يوسف الى أن الزواج فاسد ، لانه ما دام مشروطا بالتحليل فهو في معنى الزواج المؤقت ، والزواج يفسده التأقيت كما علمت ، وعلى هذا فلا تحل به المرأة لزوجها الاول ولو حصل فيه دخول حقيقي •

وذهب محمد الى أن الزواج صحيح ، لكنه مع صحته لا يحل المرأة لزوجها الاول معاملة للزوج والزوجة بنقيض مقصودها حيث استعجلا أمرا آخره الشارع •

والذي نختاره ونرجحه قول أبي يوسف لأن قصد التحليل معناه التأقيت والنكاح المشروع هو ما كان على جهة الدوام ، ولأن الرسول سسى المحلل تيسا مستعارا ولعنه ، ولأن عمر رضى الله عنه كان يقول « لا أوتى بسحل ولا بمحللة الا رجمتها » ولما ورد من أن ابن عمر سئل عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها اخ له ليحلها لاخته ، هل تحل للاول ؟ قال : لا الا نكاح رغبة ، كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

المسألة الثالثة - هل يهدم الزوج الثاني طلاق الاول ، ثلاثا كان أو

دون الثلاث ؟ :

وهذه تسمى فى كتب الفقه مسألة الهدم . وحاصلها ، أن الزوجة المطلقة ثلاثا اذا تزوجت بزواج آخر ثم عادت الى زوجها الاول فانها تعود اليه بحل جديد أي أنه يملك عليها ثلاث طلاقات جديدة ، أما الطلاقات الثلاث التي أوقعها عليها من قبل فقد هدمها الزوج الثاني ، وهذا باتفاق بين الحنفية والجعفرية وسائر الفقهاء .

... ولكن هل اذا طلق الرجل زوجته طلقة واحدة أو طلقتين فتزوجت من زوج آخر ودخل بها ، ثم عادت لزوجها الاول ، فهل تعود له بحل جديد فيملك عليها ثلاث طلاقات جديدة ؟ أو تعود له بالحل الاول فلا يملك عليها الا ما بقى بعد الطلقة أو الطلقتين ؟ ذهب أبو حنيفة وأبيوسف ، والجعفرية على الراجح من مذهبهم الى أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث بل ذلك أولى ، وعليه فان المرأة تعود لزوجها الاول بحل جديد يملك فيه عليها ثلاث طلاقات جديدة .

وذهب محمد وزفر - وهو رواية غير مشهورة عند الجعفرية - الى أن الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث ، فاذا عادت المرأة لزوجها الاول تعود له بالحل الاول وبما بقى فيه من طلاقات ، فان كان قد طلقها فى الزواج الاول طلقة واحدة عادت له بطلقتين ، وان كان قد طلقها اثنتين عادت له بواحدة ،

بخلاف من طلقت ثلاثا فانها حرمت على زوجها الاول بالطلقة الثالثة ، والزوج الثاني أزال الحرمة ، فاذا عادت الى الاول عادت بحل جديد ، فيملك عليها ثلاث طلاقات جديدة بمقتضاه .

الفصل السابع

((في : الرجعة))

(١) تعريفها (٢) من له حق الرجعة (٣) به تكون ؟ (٤) شروطها (٥) الخلاف فيها .

١ - تعريف الرجعة :-

الرجعة هي استدامة الزوجية القائمة ، بالقول او الفعل ، بعد ان كانت على خطر الزوال بسبب الطلاق الرجعي . فالرجعة تفسد عمل الطلاق في انهاء الزوجية عند نهاية العدة فيبقى ملك النكاح قائما كما هو دون أي أثر للطلاق الا نقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته .

٢ - من له حق المراجعة :-

والرجعة حق الزوج وحده ، فله أن يراجع زوجته في عدتها ان رأى امساكها ، وله أن يتركها بلا مراجعة حتى تنقضي عدتها فتبين منه ان رأى متاركتها . وليس للزوجة حق في المراجعة فلا تستقل بها ، ولا يتوقف حق الزوج في الرجعة على رضاها . والذي يدل على أن الرجعة حق الزوج بلا منازع ولا مدافع قول الله تعالى بعد ذكر الطلاق « فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف . . . » وقوله بعد امر النساء بالتربص مدة العدة « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا اصلاحا »

حيث أسندت الآية الاولى الامساك والمفارقة الى الازواج ، وأعطت الآية الثانية حق الرد والمراجعة لهم دون غيرهم •
واذا ثبت أن الرجعة حق الزوج شرعا ، فليس له أن يسقط حقا وجد سببه ومملكه الله اياه ، بأن يقول بعد وقوع الطلاق — مثلا — لا حق لي في المراجعة أو أسقطت حقي في المراجعة ، لان العبد لا يستطيع ابطال عمل الاسباب بعد ان ربطها الله بمسبباتها ، ولا يملك تغيير ما شرعه الله عز وجل لعباده •

٣ - بم تكون الرجعة ؟ -

والرجعة تكون بواحد من أمرين : القول ، أو الفعل •
فالرجعة بالقول تارة تكون بلفظ صريح نحو : راجعت زوجتي ، أو أمسكتها ، أو رددتها الى عصمتي ، وكذا قوله مخاطبا لها : راجعتك ، أو أمسكتك ، أو رددتك الى عصمتي ، وهذا باتفاق بين الحنفية والجعفرية •
وتارة تكون بلفظ من ألفاظ الكناية — عند الحنفية دون الجعفرية — نحو أنت امرأتي ، أو أنت عندي كما كنت اذا نوى بها المراجعة ، لان العبارة تحتل ذلك ، وتحتل أنها مثل امرأته معزة واکراما ، أو أنها كما كانت قبل عناية بها ورعاية لها •

والرجعة بالفعل تكون بكل ما يوجب حرمة المصاهرة من الوطء ودواعيه كالقبلة واللمس بشهوة منه ولو اختلاسا ، ومنها ان كان ذلك بعلمه ولم يمنعها منه ، فان كان شيء من ذلك باختلاس منها ، أو بغير رضا الزوج فمن الحنفية من يثبت به الرجعة ومنهم من لا يثبتها • والجعفرية لا يثبتون الرجعة الا بما يكون من الرجل • والرجعة تثبت — عند الحنفية والجعفرية — بالكتابة ، وبالإشارة من الاخرس على نحو ما تقدم في عقد الزواج •

٤ - شروط الرجعة :-

ولا بد لصحة الرجعة من شرطين :

الاول — أن تكون في مدة العدة ، فان انتهت المدة بلا مراجعة سقط حق الزوج فيها ، وبانت الزوجة ، وحلت للازواج (١) •

الثاني — أن تكون المراجعة منجزة ، فان كانت معلقة على شرط يوجد في المستقبل ، أو مضافة الى زمن مستقبل فلا تصح ، لانها استدامة للملك النكاح فكانت كانشائه ، وعقود التمليك وما في معناها من التصرفات التي تفيد الملك لا تصح الا منجزة •

ولا يشترط الحنفية ولا الجعفرية الاشهاد على الرجعة ، ولكنه يندب منعاً للتناكر فيما بعد ، ولا يشترطون علم الزوجة بها ، ولكنه يندب اعلامها حتى لا تتورط في الزواج بعد انتهاء العدة ، ولا يشترطون عقداً ولا مهراً ولا حضور ولى لانها ليست انشاءً للزواج ، بل هي ابقاء عليه واستدامة له •

ويشترط الحنفية في المراجعة بالقول أن يكون المراجع أهلاً لمباشرة عقد الزواج فلا تصح من مجنون أو معتوه أو نائم أو مغمى عليه ولا من سكران بمباح ، أما الرجعة بالفعل فتصح عندهم من المجنون والمعتوه والسكران ، وتصح عندهم المراجعة بالقول أو بالفعل من المكره والهازل وغير القاصد ، لان الرجعة استدامة ملك النكاح القائم وما صح ابتداءً صح استبقاء ، بل هو اولى •

هـ — الخلاف بين الزوجين في الرجعة :-

الخلاف بين الزوجين في الرجعة تارة يكون على أصل ثبوتها ، وتارة يكون على وقوعها ، وتارة يكون على صحتها •

فاذا كان الخلاف بين الزوجين على أصل ثبوت الرجعة ، وذلك بأن

(١) اذا كانت العدة بالقروء فانتهاؤها بمجرد انقطاع الدم من الحيضة الثالثة ان انقطع الدم لعشرة أيام ، وان انقطع لاقل من عشرة ايام فلا تنتهي الرجعة الا اذا اغتسلت ، أو تيممت وصلت ، أو صارت الصلاة ديناً في ذمتها . وعند الجعفرية تنقطع الرجعة اذا رأت دم الحيضة الثالثة بعد انقضاء ثلاثة اطهار .

يدعي الزوج أن الطلاق رجعي فحقه في الرجعة ثابت ، وتدعي الزوجة أن الطلاق بائن فلا حق له في الرجعة ، فأيهما أتى بيينة على دعواه حكم له بما أدعى ، وان أتى كل واحد منهما بيينة قبلت بيينة الزوجة لانها على خلاف الظاهر ، اذ الظاهر كون الطلاق رجعيا لانه الاصل ، وان عجزا عن البيينة فالقول قول الزوج مع يمينه لان الظاهر يشهد له ، وهو الذي طلق فيرجع اليه في بيان نوع الطلاق •

واذا كان الخلاف بين الزوجين على وقوع الرجعة وذلك بأن يدعى الزوج أنه راجعها والزوجة تنكر ذلك ، فان كان الخلاف حال قيام العدة صدق الزوج ، لانه أخبر بشيء يملك انشاءه في الحال فيجب تصديقه فيه ، لان من القواعد الشرعية المقررة أن من حكى أمرا يملك انشاءه في الحال صدق فيما حكاه ، وان كان الخلاف بعد مضي العدة فعلى الزوج اثبات دعواه بالبيينة فان أتى بها قضى بما ادعاه ، وان عجز عنها فالقول قول الزوجة بلا يمين عند أبي حنيفة ومع اليمين عند أبي يوسف ومحمد • ولو أن المرأة تزوجت بعد العدة ، والزوج أثبت بالبيينة أنه راجعها في العدة فرق القاضي بينها وبين زوجها الثاني ولو بعد الدخول لفساد النكاح •

واذا كان الخلاف بين الزوجين على صحة الرجعة ، بأن اتفقا على أصل وقوعها ولكن الزوجة تدعي عدم صحتها لانها وقعت بعد مضي العدة ، والزوج يدعي صحتها لانها وقعت في العدة ، فان كانت المدة التي مضت على الطلاق تحتمل انتهاء العدة فالقول قول الزوجة مع يمينها ، وان كانت لا تحتمل انتهاء العدة كانت كاذبة في دعواها وحكم بصحة الرجعة •

واقول مدة العدة بالقروء للحره ستون يوما عند أبي حنيفة ، وتسعة وثلاثون يوما عند أبي يوسف ومحمد ، وستة وعشرون يوما ولحظتان عند الجعفرية • وسيأتي بيان ذلك عند الكلام عن العدة ان شاء الله تعالى •

الفصل الثامن

((في : تفويض الطلاق))

(١) تعريفه (٢) دليل مشروعيته (٣) حقيقته (٤) صيغ التفويض
(٥) أقسامه (٦) حكمه •

١ - تعريف التفويض :

تفويض الطلاق هو تمليك الزوج غيره حق تطليق زوجته ، أو تمليك الزوج زوجته حق تطليق نفسها •

٢ - دليل مشروعيته :

والاصل في شرعية التفويض قوله تعالى « يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحا جميلا • وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فان الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما » فالله سبحانه وتعالى أمر رسوله عليه الصلاة والسلام حين غضب على نسائه لما سألته من النفقة ما ليس عنده أن يخيرهن بين الطلاق ان أردن الدنيا وزينتها ، وبين الابقاء على الزوجية ان آثرن رضوان الله ورسوله ونعيم الآخرة ، والذي كان من النبي عليه الصلاة والسلام هو أنه جعل أمر الزوجية الى نسائه ان شئن أنهيها وان شئن أبقين عليها •

وأیضا فان الطلاق حق يملكه الزوج ، وكل من ملك حقا فله أن يتولاه بنفسه ، وله أن يعهد به الى غيره ، فان عهد الزوج بطلاق زوجته اليها كان ذلك تفويضا ، وان عهد به الى غيرها كان توكيلا الا اذا علق على تطليقها على مشيئة ذلك الغير فانه يكون تفويضا له لا توكيلا ، لانه لما جعل أمر الطلاق الى مشيئته كان مملكا اياه حق الطلاق يعمل فيه بمشيئته بخلاف الوكيل فانه لا يعمل بمشيئة نفسه وانما يعمل بمشيئة من وكله •

٣ - حقيقة التفويض :-

والتفويض في حقيقة أمره تمليك لا كسائر التمليكات لانه يختلف عنها في امور :

منها أن التفويض لا يسلب الزوج حقه في التطليق فله بعد التفويض أن يطلق زوجته ، بخلاف التملك المحض فانه يسلب المملك حق التصرف فيما ملكه لغيره ، كالبائع بعد تمام عقد البيع لا يملك التصرف في المبيع لانه خرج عن ملكه الى ملك المشتري •

ومنها أن التفويض يتم بالايجاب من جانب الزوج ولا يتوقف على القبول من جانب الزوجة أو غيرها ، بخلاف التملك فانه لا يتم الا بمجموع الايجاب والقبول ، ولهذا لم يكن للمفوض حق الرجوع عن التفويض بعد صدور الايجاب منه ، وكان للبائع حق الرجوع في البيع بعد صدور الايجاب ما دام القبول لم يصدر من جانب المشتري •

والتفويض له شبه بالتوكيل من ناحية أن كلا منهما لا يسلب الانسان حقه في التصرف فيما فوض فيه أو وكل به ، ولكن مع هذا يختلف التفويض عن التوكيل في أمور :

منها أن المفوض يعمل بمشيئته ، بخلاف الوكيل فانه يعمل بمشيئة موكله • ومنها أن التفويض لا يتوقف على قبول المفوض اليه ، بخلاف التوكيل فانه يتوقف على قبول الوكيل •

ومنها أن المفوض لا يملك الرجوع عن التفويض لانه تعليق الطلاق على مشيئة الغير والطلاق المعلق كالمنجز في أن كلا منهما لا يصح الرجوع فيه بعد صدوره ، بخلاف التوكيل حيث يملك الموكل الرجوع عن الوكالة وعزل الوكيل قبل أن ينفذ ما وكل به •

ومنها أن التفويض المطلق يتقيد بمجلس التفويض أو بمجلس العلم به ، فليس للمفوض اليه أن يطلق بعد المجلس ، بخلاف التوكيل فانه لا يتقيد

بالمجلس، فلملوكيل أن يطلق بعده الا اذا قيدت الوكالة بالمجلس فانها تنقيد به •
هذه هي حقيقة التفويض عند الحنفية ، وهذا هو فرق ما بينه وبين
التمليك المحض ، وفرق ما بينه وبين الوكالة •

أما الجعفرية فحقيقة التفويض عندهم أنه توكيل واذن من الزوج في
الطلاق ، لذا كان للزوج حق الرجوع عنه بعد ايجابه قبل جواب من فوضه ،
كما أنه لا يتقيد التفويض بالمجلس فللمفوض اليه — زوجة أو غيرها — أن
يطلق في المجلس وبعد المجلس الا اذا كان التفويض مقيدا بوقت فانه يبطل
بمضيئه •

٤ - صيغ التفويض :-

وتفويض الطلاق يكون بكل لفظ يدل عليه ، ولكن فقهاء الحنفية ذكروا
ثلاث صيغ وهي (اختاري نفسك) ، (أمرك بيدك) ، (طلقي نفسك ان
شئت) «١» • والصيغة الاولى والثانية من الفاظ الكناية فلا بد لصحة التفويض
بهما من دلالة الحال أو نية الطلاق ، ويقع الطلاق بهما بائنا ، لانه لا يتم
اختيارها نفسها أو أن يكون أمرها بيدها الا بالبينونة • أما الصيغة الثالثة
فيثبت التفويض بها بدون نية ويقع الطلاق بها رجعيا الا اذا كان لم يدخل بها
أو كان التفويض على عوض فانه حينئذ يكون بائنا • وان كان مكملا للثلاث
وقعت به بينونة كبرى •

(١) تقيد صريح الطلاق بالمشيئة ليس بلازم بالنسبة للزوجة في حق طلاق
نفسها ، لان اناة الزوجة في تطليق نفسها ولو بصيغة التوكيل ، كما لو قال لها
وكلتك في تطليق نفسك لا يكون الا تفويضا لانها تختار لنفسها فهي تعمل
بمشيئتها لا بمشيئة زوجها ، ولهذا قال فقهاء الحنفية لو قال رجل لزوجته
طلقي نفسك وضرتك كان مفوضا لها بالنسبة لنفسها ، وموكلا بالنسبة لضرتها .
ولو قال لها طلقي نفسك وضرتك ان شئت كان مفوضا لها بالنسبة لنفسها
ولضرتها . أما تفويض غير الزوجة بطلاق الزوجة فلا بد مع لفظ الطلاق الصريح
من التقيد بالمشيئة والا كان توكيلا كما تقدم •

وقال الجعفرية : لا يقع الطلاق الا اذا قالت الزوجة (أنا طالق) سواء أكان التفويض بالفاظ الكناية أم بصريح لفظ الطلاق ، ويكون طلقة واحدة رجعية الا اذا كانت الزوجة غير مدخول بها ، أو كان التفويض على عوض ، أو كانت صغيرة دون البلوغ ، أو كانت يائسة من المحيض فان الطلاق حينئذ يكون بائنا ، وان كان مكلا للثلاث بانت به بينونة كبرى •

هذا ، وصيغة التفويض تارة تكون مطلقة عن التقييد بوقت كقوله (اختاري نفسك) ، وتارة تكون مقيدة بوقت معين كقوله (اختاري نفسك مدة شهر) وتارة تكون مقترنة بما يدل على التعميم في كل زمن كقوله (اختاري نفسك متى شئت) ، وعلى كل أما ان تكون الزوجة حاضرة وقت التفويض أو غائبة • ولكل حالة حكمها :

فان كان التفويض بصيغة مطلقة فللزوجة أن تطلق نفسها في مجلس التفويض فقط ان كانت حاضرة ، وفي مجلس علمها — ولو بعد مدة طويلة — ان كانت غائبة ، فان قامت عن المجلس أو ظهر منها ما يدل على الاعراض بطل التفويض «^١» • وقيام الزوج عن المجلس لا يقطعه ما دامت الزوجة باقية فيه • وقد مر أن الجعفرية لا يقيدون التفويض بالمجلس في هذه الحالة •

وان كان التفويض مقيدا بوقت معين فلها أن تطلق نفسها في هذه المدة ، فان مضت بطل التفويض بمضيها سواء أكانت الزوجة حاضرة أم غائبة •

(١) اذا قالت امرأة لرجل تزوجتك على أن يكون أمري بيدي أطلق نفسي ان شئت فقال الزوج قبلت فالظاهر من عبارات فقهاء الحنفية أنها لا تملك تطبيق نفسها الا في مجلس العقد ، لان التفويض مطلق ، ولكن رأت بعض المحاكم المصرية أن هذا التفويض وان كان ظاهره الاطلاق الا أنه في الحقيقة يعم كل الاوقات فهو في معنى قولها أطلق نفسي متى شئت لان قرينة الحال تؤيد ذلك اذ ليس من المعقول أن تكون المرأة اشترطت ذلك لتطلق نفسها في مجلس لعقد ، وانما المعقول أن تكون اشترطته لتطلق نفسها في المستقبل أن حدث ما يدعو الى الطلاق ، وهذه وجهة نظر سليمة .

وان كان التفويض مقترنا بما يدل على التعميم في كل زمن فللزوجة أن تطلق نفسها أي وقت شاءت سواء أكانت حاضرة وقت التفويض أم كانت غائبة ، وليس لها أن تطلق نفسها أكثر من مرة واحدة الا اذا كانت صيغة التفويض تفيد التكرار كأن يقول لها (طلقي نفسك كلما شئت) فانه يجوز لها أن تطلق نفسها مرة بعد مرة الى أن تستنفذ عدد الطلقات التي يملكها الزوج عليها في الحل الذي فوضها فيه . واذا كان تفويض الطلاق لغير الزوجة فالحكم هو الحكم في كل ما تقدم .

٥ - أقسام التفويض :-

ينقسم التفويض باعتبار الوقت الذي صدر فيه الى ثلاثة أقسام :

القسم الاول - تفويض قبل الزواج معلقا على وجوده ، كأن يقول رجل لامرأة : ان تزوجتك فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ، فان تزوجها كان لها حق طلاق نفسها متى شاءت . وهذا عند الحنفية دون الجعفرية ، وهو مبني على ما ذهب اليه الحنفية من أنه يجوز تعليق الطلاق على الزواج ، وما معنا فيه تعليق الطلاق على الزواج ومشيتها الطلاق ، ولا فرق في الحكم بين قوله ان تزوجتك فأنت طالق وقوله ان تزوجتك فأنت طالق ان شئت .

القسم الثاني - تفويض مقارن لعقد الزواج ، وله صورتان : الصورة الاولى أن يصدر ايجاب عقد الزواج من المرأة مشروطا بتفويض الطلاق اليها ثم يكون القبول من الزوج على وفق الايجاب ، كأن تقول المرأة للرجل : تزوجتك على أن أطلق نفسي متى شئت ، فيقول الرجل لها : قبلت ، فحينئذ يصح العقد ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت لان القبول من الرجل قبول للزواج ثم للشرط ، فكان التفويض في هذه الصورة واقعا بعد تمام العقد ، وبعد تمام العقد يملك عليها الطلاق فله أن يملكه اياها .

والصورة الثانية : أن يبدأ الرجل بالايجاب مشروطا بتفويض الطلاق الى المرأة ، ثم يكون القبول من الزوجة على وفق الايجاب ، كأن يقول لها :

تزوجتك على أن يكون أمرك بيدك، أو على أن تطلقي نفسك متى شئت فنقول له قبلت ، فحينئذ يصح العقد ويبطل التفويض ، لان التفويض في هذه الصورة وقع قبل تمام العقد لان العقد لا يتم الا بالقبول ، وقبل تمام العقد لا يملك الرجل طلاق المرأة فلا يملك أن يسلکہا اياه ، وفاقد الشيء لا يعطيه •

القسم الثالث — تفويض واقع بعد تمام العقد ، كأن يتم عقد الزواج بالایجاب والقبول ، ثم يفوض الزوج بعد ذلك أمر الطلاق لزوجته أو لغيرها ، وهذا تفويض صحيح تترتب عليه آثاره •

٦ — حكم التفويض :-

والتفويض لا يوجب على المفوض اليه ايقاع الطلاق ، بل هو مخير بين ايقاعه وعدمه ، فان اختار عدم الايقاع لا يقع شيء ، وان اختار الايقاع فلا بد لوقوع الطلاق من أن يكون على وفق ما ملكه له الزوج ، وعلى هذا اذا فوض الزوج زوجته بقوله (اختاري نفسك) فقالت اخترت نفسي فلا يقع به سوى طلقة واحدة بآنة سواء نوى الزوج طلقة واحدة أم اثنتين أم ثلاثا • لان الاختيار معناه مجرد الخلاص من الزوجية والخلاص غير متنوع حتى يحتمل ارادة الثنتين أو الثلاث •

واذا فوضها بقوله (أمرك بيدك) فان نوى طلقة أو طلقتين فليس لها أن تطلق نفسها الا واحدة بآنة • وان نوى ثلاثا فلها أن تطلق نفسها واحدة أو لها أن تطلق نفسها ثلاثا لان الامر مصدر والمصدر جنس يحتمل العموم والخصوص ولا يحتمل الثنتين لانها عدد محض • والجعفرية — كما علمت — لا يوقعون الطلاق الا واحدة على أية حال بشرط أن يكون جواب الزوجة بقولها (أنا طالق) •

واذا فوضها بصريح لفظ الطلاق فأما أن توقعه على وفق ما فوضها الزوج وأما أن تخالف ، فان وافقت وقع ما أوقعته باتفاق الحنفية والجعفرية • وان خالفت فأما أن يكون التفويض غير مقيد بمشيئتها ، وأما ان يكون مقيدا

بها ، وعلى كل أما أن تخالف في العدد وأما ان تخالف في الوصف فهذه أربع صور لكل صورة حكمها :

الصورة الاولى — ان كان التفويض غير مقيد بمشيئتها فخالفت في العدد ، وهذه حكمها أنها خالفت الى أقل كما اذ قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة أو ثنتين وقع ما أوقعته باتفاق عند الحنفية ، لان من يملك الثلاث يملك ما دونها • وان خالفت الى أكثر بأن قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثنتين أو ثلاثا فلا يقع شيء عند أبي حنيفة لأنها أتت بغير ما فوض إليها فكانت مبتدئة لا ممثلة ، وقال أبو يوسف ومحمد تقع واحدة فقط لأنها تسلكها بالتفويض والزائد يلغو لأنها لا تملكه •

الصورة الثانية — ان كان التفويض غير مقيد بمشيئتها فخالفت في الوصف ، بأن فوضها في طلاق بائن فأوقعته رجعيا أو بالعكس وقع ما فوضها به باتفاق الحنفية ويلغو ما وصفت به وتعتبر كأنها اقتصرت على إيقاع أصل الطلاق فيقع بالصفة التي عينها الزوج •

الصورة الثالثة — ان كان التفويض مقيدا بمشيئتها فخالفت في العدد وهذه حكمها أنها ان خالفت الى أقل كأن قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها واحدة أو ثنتين فلا يقع شيء باتفاق الحنفية لان مشيئة الثلاث شرط لوقوع الطلاق فاذا خالفت تخلف الشرط فلا يقع الطلاق • وان خالفت الى أكثر كما اذا قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت نفسها ثنتين أو ثلاثا لا يقع شيء عند أبي حنيفة لان مشيئة الثنتين أو الثلاث ليست مشيئة الواحدة فلم يوجد الشرط حتى يقع الطلاق ، وقال أبو يوسف ومحمد تقع واحدة ، لان مشيئة الثنتين أو الثلاث مشيئة للواحدة كما أن إيقاعها إيقاع للواحدة فكان الشرط متحققا فتقع الواحدة •

الصورة الرابعة — ان كان التفويض مقيدا بمشيئتها فخالفت في الوصف كأن قال لها طلقي نفسك بائنا ان شئت فطلقت رجعيا أو بالعكس فلا يقع شيء

باتفاق الحنفية لان الزوج علق الطلاق على مشيئتها وصفا معيناً فان خالفت تخلف الشرط فلا يقع الطلاق ، اذ المعنى ان شئت الطلاق البائن فأوقعيه • أو ان شئت الرجعي فأوقعيه •

أما الجعفرية فيقولون المخالفة في العدد لا تبطل الجواب سواء خالفت بأكثر أم باقل فلو فوض لها تطليقة واحدة فطلقت ثلاثاً أو اثنتين وقعت واحدة ولو فوض لها تطليقتين أو ثلاثاً فطلقت واحدة وقعت واحدة أيضاً • أما المخالفة في الوصف فانها تبطل الجواب فلا يقع الطلاق على أية حال • هذا هو حكم التفويض عند الحنفية والجعفرية ، وهو ما يجري عليه العمل الى اليوم في العراق • أما في مصر فيجري العمل على أنه لا يقع بالتفويض الا طلبة واحدة رجعية الا اذا كان قبل الدخول أو كان في نظير عوض أو كان مكملًا للثلاث ، مع اشتراط نية الطلاق في الفاظ الكناية • كما يجري العمل أيضاً على أن تفويض ايقاع الثلاث دفعة واحدة لا يقع الا واحدة رجعية لان الزوج بحكم القانون المعمول به الآن لا يملك أن يطلق ثلاثاً دفعة واحدة ، وما لا يملكه لا يستطيع أن يملكه لغيره •

الفصل التاسع

« في : طلاق المريض مرض الموت »

(١) تعريف مرض الموت (٢) حكم الطلاق فيه

١ - تعريف مرض الموت:-

مرض الموت هو المرض الذي يشتد بصاحبه حتى يغلب على الظن موته به ، ويستمر معه الى الموت سواء أمات بسببه أم مات بسبب آخر • • وقد ذكر الفقهاء له امارات اختلفوا فيها ، فقيل هو ما ألزم صاحبه الفراش ، وقيل هو ما أعجزه عن المشي الا معتمداً على غيره ، وقيل هو ما يقعد بصاحبه عن مباشرة مصالحه خارج البيت ان كان رجلاً وداخل البيت ان

كان امرأة ، وقيل غير ذلك •• والاولى — وقد تقدم الطب وعرفت الامراض وتنتائجها — أن يترك تقدير ذلك الى الاطباء فهم أهل الرأي فيه •

وقد ألحق الحنفية بالمريض مرض الموت في الحكم كل من كان في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها واتصل الموت بها ، كمن قدم لتنفيذ حكم الاعدام فيه ، ومن نازل عدوه لل مبارزة ، ومن كان في سفينة أشرفت على الغرق • أما الجعفرية فلا يلحقون واحدا من هؤلاء بمن هو مريض مرض الموت •

٢ - حكم الطلاق في مرض الموت :-

وطلاق المريض مرض الموت ومن في حكمه واقع باتفاق ما دام المريض أهلا لايقاع الطلاق ، ولا فرق بين طلاقه وطلاق الصحيح من ناحية الآثار المترتبة عليه الا في حالة واحدة ، وهي حالة كون الطلاق الواقع في مرض الموت بائنا وكان المقصود منه ظاهرا حرمان الزوجة من أن ترث زوجها • وهذه الحالة تعرف عند الفقهاء بطلاق الفار ، لانه يفر به من ميراث زوجته له •

وعلى هذا فاذا أوقع المريض مرض الموت طلاق زوجته فأما أن يوقعه رجعيًا ، وأما أن يوقعه بائنا ، فإن أوقعه رجعيًا فالزوجية باقية ما بقيت العدة ، فأبي الزوجين مات أثناء قيامها ورثه الآخر اتفاقا ، وبعد انقضاء العدة لا يرث أحدهما صاحبه لزوال الزوجية التي هي سبب التوارث بزوال العدة ، كما هو الشأن في طلاق الصحيح •

وان أوقع المريض مرض الموت طلاق زوجته بائنا بينونة صغرى أو كبرى فماتت هي قبله فلا يرثها على أية حال ولو كان موتها أثناء عدتها ، لانه بمجرد وقوع الطلاق البائن تزول الزوجية فلا يبقى للميراث سبب كما هو الشأن في طلاق الصحيح •

أما ان أوقع الطلاق بائنا فمات هو قبلها بعد ما أبانها ، فإن كان موته بعد انقضاء عدتها فلا ترثه بحال لزوال الزوجية بكل آثارها • وان كان موته حال قيام عدتها فكان الظاهر أنها لا ترثه أيضا لزوال الزوجية بالطلاق البائن ،

ولكن الشارع جعل لها في هذه الحالة حق الميراث ان اتضح أنه فار بهذا الطلاق من ميراثها له ، معاملة له بنقيض مقصوده «١» •

وقال الجعفرية اذا طلقت الزوجة طلاق الفار بقى حقها فى الميراث ما بين النطق الى سنة كاملة اذا لم تتزوج بعد العدة واستمرت أهليتها للارث من وقت الطلاق الى موت الزوج فان تزوجت بعد العدة ثم مات زوجها فلا حق لها فى الميراث ، وان لم تتزوج ومات بعد مضي سنة من تاريخ الطلاق ولو بلحظة سقط حقها فى الميراث أيضا •

هذا ، وما دام الفرار هو مناط الحكم بمراث المبانة من زوجها ما دامت فى العدة فلا بد من ذكر الشروط التي يجب توفرها حتى يعتبر الزوج فارا ، واليك بيانها :

(١) أن يكون الطلاق بائنا لانه هو الذي يقطع الزوجية التي هي سبب الميراث ، أما الرجعي فلا يقطع الزوجية ، ولهذا لا يكون الزوج به فارا وترثه زوجته ان مات وهي فى العدة كما تقدم • وقد عرفت فيما تقدم أن المبانة قبل الدخول لا ترث زوجها على أية حال لانه لا عدة عليها ، وحيث لا عدة فلا أثر للزوجية مطلقا حتى ترث •

(٢) ألا يكون الطلاق بناء على طلبها ورضاها ، فان كان بطلبها ورضاها لا يكون الزوج فارا به • وان أكرهت على طلب الطلاق فأبانها ، أو طلبت منه طلاقا رجعيا فأبانها كان فارا ولها الميراث ان مات وهي فى العدة ، وكذا لو قالت له طلقني فأبانها لان الطلاق عند اطلاقه عن الوصف ينصرف الى الرجعي لا غير • وقال الجعفرية لو سألتها طلاقا رجعيا فأبانها لا يكون فارا ولا ترثه

(١) وانما حكم لها بالميراث ان مات وهي فى العدة ، ولم يحكم لها به ان مات بعدها ، لانها فى أثناء العدة زوجيتها باقية الى حد ما ببقاء بعض آثارها فيمكن بناء ارثها على ذلك ، أما بعد انقضاء العدة فتكون زوجيتها قد زالت بكل آثارها فلم يكن من سبيل الى بناء ارثها على سبب • ثم أنها لو ورثت بعد العدة للزم أن ترث فى بعض الاحوال من زوجين فى وقت واحد وهي لا تكون زوجة لثنين شرعا.

بعد موته لانها أسقطت حقها بطلب الطلاق وان خالفه «١» •
 (٣) ألا يكون الزوج مكرها على إيقاع الطلاق لانه مع الاكراه لا يتحقق قصد الفرار ، وهذا على رأي من يقول بوقوع طلاق المكره •
 (٤) أن تكون الزوجة أهلا للميراث من زوجها من وقت طلاقها الى وقت موته ، فان كانت ليست أهلا للميراث عند الطلاق كأن كانت كتائية وهو مسلم لا ترثه حتى ولو أسلمت بعد الطلاق وهي في العدة ، لانه حين طلقها لم تكن أهلا للميراث حتى يقال أنه فار • وان كانت أهلا للميراث وقت الطلاق فارتدت سقط حقها فيه ، فان عادت الى الاسلام قبل موته ثم مات في العدة لا ترثه أيضا لان حقها في الميراث سقط بردتها ولا يعود باسلامها لان الساقط لا يعود •

هذا ، وكما يكون الزوج فارا بالطلاق تكون الزوجة — عند الحنفية — فارة أيضا من ميراث زوجها لها اذا حدث منها — بغير رضا الزوج وباختيارها في مرض موتها أو ما ألحق به — ما يوجب الفرقة بينها وبين زوجها كأن ارتدت أو اختارت نفسها بخيار البلوغ أو الافاقة ، أو أرضعت ضرثها الصغيرة ، أو اتصلت بأحد أصول الزوج أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة ، ويرثها زوجها ان ماتت في عدتها لانها قصدت حرمانه من الميراث فتعامل بنقيض مقصودها، وان مات هو أثناء عدتها فلا ترثه لانها أسقطت حقها بفسخ الزوجية التي هي سبب الميراث بين الزوجين • أما الجعفرية فيرون أن الزوجة لو باشرت سبب الفرقة غير الرجعية وهي مريضة مرض الموت فان زوجها لا يرثها بعد موتها وانما يرثها فقط في فرقة الطلاق الرجعي •

الباب الثانى

فى الخلع

(١) تعريفه (٢) دليل مشروعيته (٣) ركنه (٤) شروطه (٥) حقيقته
(٦) الفرق بينه وبين الطلاق على مال (٧) أحوال عبارة الخلع (٨) ما يصح أن
يكون بدلا فيه (٩) حكم أخذ البدل (١٠) أحكام الخلع (١١) خلع المحجور
عليها (١٢) خلع المريضة (١٣) خلع الاجنبى •

١ - تعريف الخلع :-

الخلع هو ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما فى معناه ، مقابل عوض
تلتزم به الزوجة ، وذلك كأن يقول الزوج لزوجته : خالعتك أو بارأتك على
مائة دينار فتقول له : قبلت ، أو يقول لها : خالعتك أو بارأتك على مهرک أو
على المؤخر منه فتقول له : قبلت ، ولا فرق بين أن يكون الايجاب من جانب
الزوج والقبول من جانب الزوجة أو العكس •

٢ - دليل مشروعية الخلع :-

والدليل على شرعية الخلع قوله تعالى (الطلاق مرتان فامساک بمعروف
أو تسريح باحسان ولا يحل لکم أن تأخذوا مما آتیتموهن شيئا الا أن يخافا
ألا يقيما حدود الله فان خفتما الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت
به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) فقد
أباح الآیة للزوجة أن تفتدي نفسها بمال تعطيه للزوج ، وأباح للزوج
قبوله ، وذلك ان خافا عدم القيام بحقوق الزوجية على نحو ما شرع الله •

وأيضا ما رواه البخاري وغيره عن ابن عباس : ان امرأة ثابت بن قيس
أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، ثابت بن قيس ما أعتب
عليه فى خلق ولا دين ، ولكنى أكره الكفر فى الاسلام — تريد كهر العشير

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديثه ؟ قالت نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أقبل الحديقة وطلقها تطليقة •
والاجماع منعقد على جواز الخلع لم يخالف فيه الا من لا يعتد بخلافه •

٣ - ركنه :-

وركن الخلع الايجاب والقبول ، لانه عقد على طلاق يصدره الزوج مقابل بدل تلتزمه الزوجة ، فلا يقع الطلاق ولا يلتزم البدل الا بقبولها ، كما هو الشأن في عقود المعاوضات •

٤ - شروطه :-

ولابد لصحة الخلع من توفر الشروط الآتية :

(١) - أن يكون الزوج المخالع أهلا لايقاع الطلاق ، وأن تكون المرأة المخالعة محلا له •

(٢) البدل من جانب الزوجة ، فان كان بلا بدل كان طلاقا لا خلعا •

(٣) أن تكون الزوجة عند التزامها بدل الخلع من أهل التبرعات ، لان بذل البدل تبرع فلا بد من أن تكون أهلا له ، فان لم تكن أهلا لذلك كأن كانت صغيرة أو سفينة وقع بخلعها طلاق ولا يجب عليها ما التزمت به من البدل ، كما سيأتي •

(٤) أن تكون الزوجة راضية غير مكرهة ولا جاهلة بمعنى الصيغة ، فان أكرهت على القبول أو لقت صيغة الخلع فنطقت بها وهي لا تعرف معناها لا يصح الخلع باتفاق الحنفية والجعفرية «١» •

(٥) أن تكون الصيغة بلفظ الخلع أو ما في معناه كالإبراء والافتداء ،

(١) في فرق الزواج للشيخ على الخفيف ص ١٥٦ أنه اذا أكرهت الزوجة على قبول الخلع وقع به طلاق ولا يلزمها البدل ، وفي الاحكام الشرعية للمرحوم الشيخ الابياني ج ١ ص ٣٩٦ أن الزوجة لو لقت صيغة الخلع بلغة لا تعرفها فنطقت بها لا يقع الطلاق ولا يلزمها المال •

فان كانت الصيغة على غير ذلك كأن قالت الزوجة لزوجها طلقني على مائة دينار فطلقها على ذلك كان طلاقا بائنا لا خلعا وستعرف الفرق بين الاثنين •

(٦) ويشترط الجعفرية لصحة الخلع والمبارأة فوق ما تقدم حضور شاهدين ، وتجريدهما عن الشرط كما هو الشأن في الطلاق عندهم ، ولا بأس بشرط يقتضيه العقد كما لو شرط الرجوع ان رجعت •

(٧) ويشترط الجعفرية أيضا أن يكون الخلع والمبارأة عند وجود الكراهة من الزوجين معا ، أو من الزوجة خاصة ، وبعض الجعفرية يشترط في الخلع أن تكون الكراهة من الزوجة خاصة ، وفي المبارأة أن تكون الكراهة من الزوجين معا •

(٨) واشترط أكثر الجعفرية اتباع المبارأة بلفظ الطلاق ، واختلفوا في الخلع فمنهم من اشترط اتباعه بلفظ الطلاق ومنهم من لم يشترط ذلك «١» •

هـ - حقيقة الخلع :-

وحقيقة الخلع — كما تقدم — أنه عقد على طلاق في نظير بدل ، فهو كسائر العقود يتم بالايجاب والقبول ، غير أن طبيعة هذا العقد أو التكيف الفقهي له هو أنه عقد ذو اعتبارين مختلفين بالنسبة للزوج والزوجة ، فهو بالنسبة للزوج يعتبر يمينا ، لانه تعليق الطلاق على شرط ، وبالنسبة للزوجة يعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع لانها تبذل ما تبذل لا في مقابلة مال ولا في مقابلة منفعة متقومة «٢» ولهذا يأخذ الخلع أحكام اليمين أو بعبارة اخرى أحكام التعليق

(١) انظر الاحكام الجعفرية ص ٧٢ ، والمختصر النافع ص ٢٢٧ — ٢٢٨ ، وسيتضح لك — على ما هو الظاهر — أن الخلع والمبارأة حقيقتان مختلفتان لكل شروطها وأحكامها •

(٢) ذكر صاحب الهداية : أن البضع متقوم حالة الدخول لا حالة الخروج ، وعلل ذلك بأن البضع شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه ، أما الاسقاط فنفسه شرف (للتخلص من المملوكية) فلا حاجة الى ايجاب المال — هذا وقد جربنا

بالنسبة لجانب الزوج ، ويأخذ أحكام المعاوضات بالنسبة لجانب الزوجة •

ويتفرع على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج ما يأتي :

أولاً - اذا صدر الايجاب في الخلع من جانب الزوج فليس له أن يرجع فيه قبل قبول الزوجة لانه طلاق معلق والمعلق كالمنجز لا يصح الرجوع فيه ، ولو كان معاوضة بالنسبة للرجل لصح رجوعه عن الايجاب قبل قبول الزوجة كما هو الشأن في المعاوضات •

ثانياً - لا يبطل الايجاب الصادر من الزوج بقيامه من المجلس ، وانما يبطل بقيام الزوجة من المجلس قبل موافقتها أو باشتغالها في المجلس بما يدل على الاعراض منها ، ولو كان الخلع معاوضة من جانب الزوج لبطل بقيامه بعد الايجاب وقبل القبول •

ثالثاً - يجوز للزوج أن يعلق الخلع على شرط أو يضيفه الى زمن مستقبل ، ولو كان معاوضة من جانبه لما صح لان عقود التملك لا تكون الا منجزة •

رابعاً - لا يجوز للزوج اشتراط الخيار لنفسه ، لان الخلع اسقاط والاسقاطات لا يدخلها الخيار ، ولو كان معاوضة من جانبه لصح خيار الشرط لانه يدخل عقود التملك •

ويتفرع على اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة ما يأتي :

أولاً اذا صدر الايجاب في الخلع من جانب الزوجة كان لها أن ترجع فيه قبل قبول الزوج كما هو الشأن في سائر المعاوضات •

ثانياً - يبطل الايجاب الصادر منها بقيامها من المجلس أو بقيام الزوج قبل القبول ، لان عقود المعاوضات تبطل بتفرق المجلس •

على مذهب أبي حنيفة في اعتباره الخلع يمينا من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة لانه هو الراجح ، وقد ذهب أبو يوسف ومحمد الى أن الخلع يمينا من الجانبين •

ثالثا — لا يجوز للزوجة أن تعلق الخلع على شرط أو تضيفه الى زمن مستقبل ، لما علمته من أن عقود التملك لا تكون الا منجزة •

رابعا — يجوز للزوجة أن تشترط الخيار لنفسها ، فلو قال لها : خالعتك على مائة دينار ، فقالت له : قبلت على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام صح وكان لها أن ترفض الخلع في مدة الخيار فلا يقع طلاق ولا تلزمها المائة ، ولها أن تقبله فيقع الطلاق وتلزمها المائة ، وكذا يقع الطلاق وتلزم المائة اذا مضت مدة الخيار ولم ترد برفض أو قبول «١» •

ويتفرع على أن بذل البدل من جانب الزوجة فيه معنى التبرع ، أنه لا بد من أن تكون من أهل التبرعات وذلك بأن تكون بالغة عاقلة غير محجور عليها لسفه أو غيره ، وسيأتي توضيح ذلك •

هذه هي حقيقة الخلع عند الحنفية • أما الجعفرية فحقيقة الخلع عندهم هي ازالة قيد النكاح بفدية مع الكراهة من الزوجين أو من الزوجة خاصة ، فهو والمبارأة بمعنى واحد الا أن المبارأة يشترط فيها أن تتبع بالطلاق عند جمهور الجعفرية ، أما الخلع فالراجح أنه لا يشترط اتباعه بالطلاق • ومن الجعفرية من خص اسم الخلع بازالة قيد النكاح بفدية مع الكراهة منها ، وخص اسم المبارأة بازالة قيد النكاح بفدية مع الكراهة منهما فمباحقتان تشتركان في جميع الاحكام الا أنه في المبارأة لا يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما ساقه اليها وفي الخلع يجوز •

ولا يصح عند الجعفرية أن يرجع الزوج عن الايجاب في الخلع والمبارأة قبل قبول الزوجة ، ولا يبطل بقيامه من المجلس قبل قبولها • ويبطل الخلع

(١) جواز اشتراط الخيار للزوجة بناء على ما ذهب اليه أبو حنيفة من أن الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانبها ، أما على ما ذهب اليه أبو يوسف ومحمد من أنه معاوضة من الجانبين فلا يجوز للمرأة أن تشترط الخيار لنفسها كما أنه لا يجوز للرجل ، وهذه هي ثمرة الخلاف بين الامام وصاحبيه في حقيقة الخلع •

والمبارأة بقيامها عن المجلس أو أعراضها عن القبول وإذا بطل لا يترتب عليه شيء إلا إذا كانت الصيغة مردفة بالطلاق فإنه يقع الطلاق ولا يلزم البدل «٢» .
وإذا أوجبت الزوجة الخلع ابتداءً كان لها حق الرجوع عنه قبل صدور القبول من الزوج ، كما أن لها أن ترجع في البدل ما دامت في العدة ، فإن رجعت رجعت الزوج في العدة أيضا إن شاء ما لم يكن هناك مانع من رجوعه كزواجه من أختها أو من رابعة غيرها ، وامتناع رجوع الزوج لنحو زواجه من اختها لا يمنعها هي من الرجوع في البدل ما دامت العدة باقية .

ثم إن اختار الزوج الرجوع بناء على رجوعها في البدل عادت له كما كانت ، وإن اختار عدم الرجوع بعد ما رجعت قيل يستمر الطلاق بائنا كما وقع ، وقيل بل يصير رجعا لسقوط البدل .
ولا يجوز عند الجعفرية إضافة الخلع أو المبارأة الى زمن مستقبل ولا تعليقهما على شرط إلا شرطا يقتضيه العقد ، لأن الخلع والمبارأة طلاق والطلاق عندهم — كما علمت — لا يكون إلا منجزا .

٦ — الفرق بين الخلع والطلاق على مال : —

لا فرق — عند الحنفية والجعفرية — بين الخلع والمبارأة والطلاق على مال من ناحية أنه يقع بكل منها طلاق بائن دون توقف على القضاء .
ولكن يفارق الخلع الطلاق على مال فيما يلي :

أولا — إذا تم الخلع سقط به كل حق ثابت لاحد الزوجين قبل الآخر وقت الخلع بسبب الزواج الذي وقع الخلع منه عند أبي حنيفة بخلاف الطلاق على مال حيث لا يسقط به شيء من حقوق الزوجية اتفاقا إلا إذا نص عليه .
أما الجعفرية فلا يسقط عندهم شيء من حقوق الزوجية لا بالخلع ولا بالمبارأة ولا بالطلاق على مال إلا مع النص .
ثانيا — لو بطل البدل في الخلع كما لو خالعه على خمر أو خنزير وقع

الطلاق بائنا لان لفظ الخلع أو المبرأة من الكنايات التي يقع بها الطلاق بائنا عند الحنفية بخلاف ما لو بطل البذل في الطلاق فانه يكون رجعيا وان كان بصريح لفظ الطلاق .

أما الجعفرية فيرون أن بطلان البذل يلزمه بطلان الخلع والمبرأة فلا يقع بهما طلاق الا اذا اتبعا بالطلاق فانه حينئذ يقع رجعيا كما هو الشأن لو بطل البذل في الطلاق على مال .

٧ - احوال عبارة الخلع وما يترتب على كل منها :-

عبارة الخلع تارة تكون على صيغة المفاعلة ، كأن يقول الزوج لزوجته : خالعتك .

وتارة تكون على صيغة الامر ، كأن يقول لها : اخلي نفسك .

وتارة تكون على صيغة الماضي ، كأن يقول لها : خلعتك .

فهذه حالات ثلاث ، كل حالة منها تارة تكون مقرونة بذكر البذل ، وتارة تكون مجردة عن ذكره ، فهذه ست حالات ، لكل حالة حكمها :

الحالة الاولى - اذا كانت عبارة الخلع على صيغة المفاعلة وكانت مقرونة بذكر البذل توقف الخلع على قبول الزوجة ، فاذا قبلت بانت من زوجها ولزمها البذل المذكور .

الحالة الثانية - اذا كانت عبارة الخلع على صيغة المفاعلة وكانت مجردة عن ذكر البذل توقف الخلع على قبولها ، فاذا قبلت بانت وانصرف البذل الى مهرها (١) .

الحالة الثالثة - اذا كانت عبارة الخلع على صيغة الامر وكانت مقرونة بذكر البذل توقف الخلع على قبولها ، فاذا قبلت بانت ولزمها البذل المذكور .
الحالة الرابعة - اذا كانت عبارة الخلع على صيغة الامر وكانت مجردة

(١) فيسقط عن الزوج ان لم يكن ساقه اليها ويلزمها رده اليه ان كان قد ساقه - انظر فتح القدير ج ٣ ص ٢٢٢ .

عن ذكر البذل توقف الخلع على قبولها ، فإذا قبلت بانت وانصرف البذل الى مهرها •

الحالة الخامسة — اذا كانت عبارة الخلع على صيغة الماضى وكانت مقرونة بذكر البذل توقف الخلع على قبولها ، فإذا قبلت بانت ولزمها البذل المذكور •
الحالة السادسة — اذا كانت عبارة الخلع على صيغة الماضى وكانت مجردة عن ذكر البذل بانت من زوجها بمجرد نطقه بعبارة الخلع دون توقف على رضاها ولا يلزمها بدل ما ، لانه ليس خلعا حقيقيا ، وانما هو طلاق بائن بلفظ من ألفاظ الكناية •

هذا اذا صدرت عبارة الايجاب من الزوج ، فان صدرت من الزوجة فالحكم هو الحكم في الحالات الست الا أنه في الحالة الاخيرة لا بد من موافقة الزوج أيضا لانه هو الذى يملك الطلاق فلا بد من موافقته عليه حتى يكون هو المسقط لما يملك •

٨ — ما يصح أن يكون بدلا في الخلع : —

وكل ما يصح ان يكون مهرًا صح أن يكون بدلا في الخلع دون حد لاقله أو أكثره ، فيجوز أن يكون بدل الخلع من التقدين ، ويجوز أن يكون عقارا ، ويجوز أن يكون منقولا ، ويجوز أن يكون دينا في ذمة الزوج لزوجته ، ويجوز أن يكون منفعة مقابلة بمال ، كما يجوز أن تخالع الزوجة زوجها على أن تقوم بارضاع ولدها منه مدة الرضاعة المقررة شرعا بغير أجره ، أو على أن تقوم بحضائته مدة الحضانة المقررة شرعا دون أن تتقاضى منه نفقة الحضانة • فان وفّت بما التزمت فيها ، وان امتنعت عن الوفاء بما التزمت أو عجزت عنه أو مات الطفل قبل نهاية مدة الرضاع أو الحضانة رجع الزوج عليها بعوض ما لم تقم به •

ولا يصح أن يكون بدل الخلع شيئا غير متقوم كما لا يصح أن يكون مجهولا جهالة فاحشة ومع الجهالة الفاحشة يبطل الخلع عند الجعفرية ،

ويصح عند الحنفية ، ويتصرف البذل الى مهرها •
 واذا كان بذل الخلع متضمنا عدوانا على حق الشرع أو على حق الغير
 وجب البذل في حدود المشروع وسقط فيما عداه ، فمن خالغ زوجته على ألا
 نفقة لها ولا سكنى ، صح البذل في خصوص النفقة • ولا تسقط السكنى لانها
 حق الشرع ، خلافا للجعفرية فانهم يسقطون السكنى أيضا بناء على ما ذهبوا
 اليه من أن المبانة تقيم حيث شئت ولا يلزمها قضاء العدة في بيت الزوج (١) •
 ومن خالغ زوجته على أن تبقى حضانتها للصغير الى وقت بلوغه صح
 البذل الى آخر مدة الحضانة المقررة شرعا وبعد ذلك لا يكون للزوجة حق في
 حضانة الصغير لانه يحتاج الى من يعود عادات الرجال وأخلاقهم ، ولو بقى في
 حضانة أمه الى البلوغ لتعود عادات النساء ، وهذا ضرر بالطفل وعدوان عليه
 يجب حمايته منه شرعا •

٩ - حكم أخذ البذل :

واذا دب الشقاق ، وتعذر الوفاق بين الزوجين ، وخافا ألا يقيما حدود
 الله ، ولم يكن بد من أن تبذل الزوجة لزوجها ما تقتدي به نفسها فهل للزوج
 حق في أن يأخذ هذا المال الذي تبذله الزوجة في نظير خلاصها منه ؟ •

نعم للزوج قضاء الحق في هذا المال قل أو كثر ما دام قد تم الاتفاق
 عليه والتزمت به الزوجة بشرط أن تكون من أهل الالتزام ، سواء أكانت
 الفرقة بسبب منه ، أم بسبب منها ، أم بسبب منها معا •

أما من ناحية الديانة ، فإن كان الزوج هو الكاره لزوجته والراغب في
 الخلاص منها فلا يحل له شرعا أن يأخذ منها شيئا ، لان الله يقول (وان أردتم
 استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا

(١) سبق أن قلنا عند الكلام عن نفقة العدة أن المخالعة - عند الجعفرية -
 لا تستحق النفقة بأنواعها الثلاثة الا اذا كانت حاملا ، وعلى هذا فلا يتصور الخلع
 على النفقة الا بالنسبة للحامل .

اتأخذونه بهتاناً واثماً مبيناً) • فالآية صريحة في أن الذي يطلق زوجته لغرض الزواج من أخرى لا يحل له أن يسترد شيئاً من مهرها ، وإن فعل ذلك كان ظالماً أثماً ، ولأنه — كما يقول صاحب الهداية — (أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال) •

وإن كان كل من الزوجين كارها لصاحبه وكانت الفرقة برغبتها معا ، أو كانت الزوجة هي الكارهة والفرقة برغبة منها وحدها ، فيحل للزوج شرعاً أن يأخذ البذل ، لأن الله يقول (•••••) فان خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) ••••• ولكن لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما بذل لها من المهر ، بشهد لهذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس : أتردين عليه حديثه ؟ قالت : نعم ، فقال لثابت ، اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فالرسول عليه الصلاة والسلام رد لثابت المهر وهو الحديقة وما زاده عليها شيئاً • وجاء في بعض روايات الحديث : أتردين عليه حديثه التي أعطاك ؟ قالت : نعم وزيادة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة من مالك فلا ولكن حديثه ، قالت : نعم ، فأخذها وخلي سبيلها ، وفي رواية أخرى أنه أمره أن يأخذ حديثه ولا يزداد (١) •

وعند الجعفرية ، إذا كانت الحال عامرة ، والاخلاق ملتئمة ، أو كانت الكراهة من الزوج خاصة فبذلت له شيئاً ليخلعها لا يصح الخلع ولا يحل له أخذ العوض •

وعند تباين الاخلاق ووقوع النزاع بين الزوجين يجوز للزوج أن يخالع زوجته على بدل أكثر مما ساقه إليها إن كانت الكراهة منها خاصة • وإن كانت الكراهة منهما معا فلا يجوز له أن يأخذ أكثر مما أعطى • وفي المبرأة لا يجوز له مطلقاً أن يأخذ أكثر مما ساقه إليها ، لأن المبرأة تترتب على كراهية كل من الزوجين لصاحبه (١) •

(١) انظر فتح القدير ج ٣ ص ٢٠٣ — ٢٠٤ •

(١) انظر المختصر ص ٢٧ — ٢٢٨ والاحكام الجعفرية ص ٧١ — ٧٢ •

١٠ - أحكام الخلع :-

إذا تم الاتفاق على الخلع ترتبت عليه الاحكام الآتية :-

(١) يقع به طلاق بائن باتفاق الحنفية والجعفرية ونقل عن بعض الجعفرية أنه إذا لم يتبع بالطلاق يكون فسحا •

(٢) يجب على الزوجة أن تؤدي لزوجها البذل المتفق عليه لأنها التزمته نظير خلاصها من زوجها •

(٣) يسقط به كل حق ثابت وقت الخلع لكل من الزوجين قبل الآخر من الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع الخلع منه ، فيسقط به عن الزوج مؤجل مهر الزوجة ، ومتجند نفقتها ، ويسقط به عن الزوجة ما أخذت من مهر لم تستحقه كاملا كما لو سلمها كل المهر • ثم خالعا قبل الدخول ، ويسقط عنها أيضا ما عجل لها من نفقة لم تمض مدتها •

ولا تسقط به نفقة العدة لأنها لم تكن ثابتة وقت الخلع ، ولا لاحدهما من حقوق على الآخر لا صلة لها بالزوجية التي وقع الخلع منها ، كمؤخر مهر من زواج سابق ، وأجرة دار ، ودين قرض ، ولا تسقط به نفقة حضانة الطفل ولا أجرة ارضاعه لان ذلك حق الطفل لا حق الزوجة •

هذا هو مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه ، ولا فرق عنده في اسقاط الحقوق الزوجية بين لفظ الخلع ولفظ المبرأة لان كلا منهما يدل على الخلاص الكلي من الزوجية وما يتعلق بها •

وذهب محمد بن الحسن والجعفرية الى أنه لا يسقط بالخلع المبرأة سوى ما وقع الاتفاق عليه بين الزوجين ، لان الحقوق الثابتة لا تسقط الا بما يدل على اسقاطها صراحة ولفظ الخلع والمبرأة ليسا صريحين في معنى الاسقاط • وذهب أبو يوسف الى أنه يسقط بالخلع ما اتفقا على سقوطه فقط ، ويسقط بالمبرأة جميع الحقوق الثابتة وقت الخلع بسبب الزوجية التي تخالعا

منها لان لفظ الخلع لا يدل صراحة على اسقاط ما ثبت من الحقوق ، ولفظ
المبارأة صريح في أن كلا من الزوجين ابرأ صاحبه مما له عليه من حقوق
الزوجية .

١١ - خلع المحجور عليها : -

ونعني بالمحجور عليها فاقدة الاهلية كالمجنونة والصغيرة غير المميّزة ،
وناقصة الاهلية كالصغيرة المميّزة والسفيهة التي تتصرف في مالها على غير
مقتضى العقل «١» .

والمحجور عليها اما أن تتولى الخلع بنفسها واما أن يتولاه عنها وليها ،
فان تولته بنفسها فاما أن تكون فاقدة الاهلية ، واما أن تكون ناقصتها ، فان
كانت فاقدة الاهلية فالخلع باطل لا يقع به طلاق ولا يثبت به بدل ، لان الخلع
تعليق الطلاق على قبولها البديل ، وقبولها لغو لا يعتد به ولا يترتب عليه أثر .
وان كانت ناقصة الاهلية وقع بالخلع طلاق بائن ولا يثبت البديل ، أما أن
الطلاق يقع فلانه علقه على قبولها ، وقبولها بالنسبة لوقوع الطلاق معتبر
شرعا لانها مميّزة تفهم الخلع وتدرّك أثره ، وأما أن الطلاق يكون بائنا فلان
لفظ الخلع من الكنايات التي تدل على الانفصال التام ، والفاظ الكنايات
التي بهذا المعنى يقع بها عند الحنفية طلاق بائن «٢» ، وأما ان البديل لا يثبت
فلانه من قبيل التبرعات وناقص الاهلية لا يملك التبرع لانه ضرر محض .

وعند الجعفرية لا يصح الخلع في كل ما تقدم لان القبول من أركان
الخلع ولم يتحقق من فاقدة الاهلية ، والبديل شرط صحة ولم يثبت لعدم جواز
التبرع من ناقص الاهلية . نعم ان اتبع الخلع بلفظ الطلاق عندهم وقع به
طلاق رجعي بالنسبة للمدخول بها وبائن بالنسبة لغير المدخول بها «٣» .

-
- (١) المحجور عليها للدين خلعا صحيح باتفاق لانها من أهل الالتزام ولكن
لا يؤخذ البديل من المال المحجور عليه لحق الغرماء الا أن أجازوه .
(٢) والذي عليه العمل الان في مصر أن الطلاق يقع رجعيا حيث لا بدل
(٣) أنظر الاحكام الجعفرية ص ٧١ مادة ٢٧٥ .

وان تولى الخلع ولي المحجور عليها فاما أن يخالع على أن يكون البديل من ماله ، واما أن يخالع على أن يكون البديل من مالها ، فان خالع على أن يكون البديل من ماله وقع الطلاق بائنا ولزمه البديل من ماله ، ولا يلزم الزوجة شيء مطلقا . وان خالع على أن يكون البديل من مال الزوجة وقع الطلاق بائنا لانه معلق على قبول الولي وقد وجد ولكن لا يلزم البديل لا في ماله لانه ما التزم ذلك ولا في مال الزوجة لان البديل تبرع والولي لا يملك التبرع بسال من في ولايته ، وقيل لا يقع الطلاق في هذه الحالة ولا يلزم البديل لان الشرط ليس هو مجرد القبول بل هو مقيد بالتزام البديل ممن هو أهل للالتزام فاذا لم يصح الالتزام لم يوجد المعلق عليه فلا يقع الطلاق ، والرأي الاول هو المفتى به في مذهب الحنفية .

وقال الجعفرية لو تولى الخلع ولي المحجور عليها على بدل يدفعه من مالها وقع الطلاق بائنا ولزمها البديل بشرط كراهتها لزوجها وحصول منفعة لها بالخلع ، كما يصح الخلع ويقع الطلاق ويلزمه البديل لو التزم أداءه من ماله «١» .

١٢ - خلع المريضة مرض الموت :

خلع المريضة مرض الموت صحيح يقع به الطلاق البائن ويثبت به البديل الا أنه لا ينفذ الا من ثلث مالها لانه تبرع والتبرع في مرض الموت وصية . ثم ان البديل المذكور في الخلع لا يكون هو الواجب في كل حال ، بل أن ماتت الزوجة وهي في عدتها فليس للزوج - عند الحنفية - سوى الاقل من أمور ثلاثة : بدل الخلع ، وثلث التركة ، ونصيبه في الميراث ، وذلك لانه يحتل أن يكون الزوجان قد اتفقا على الخلع في مرض الموت ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه في الميراث فمعاملة للزوجين بنقيض مقصودهما كان للزوج الاقل من الامور الثلاثة المذكورة .

(١) انظر الاحكام الجعفرية ص ٧٤ مادة ٢٩٠ .

وان ماتت الزوجة بعد انتهاء عدتها أو كان الخلع قبل الدخول حيث لا عدة فللزوجة الاقل من الامرين : بدل الخلع ، وثالث التركة ، ولا يلتفت الى نصيبه في الميراث هنا لانه بعد العدة ، أو حيث لا تكون عدة ، لا يمكن اعتبار الزوج وارثا بحال ما •

أما الجعفرية فيرون أن خلع المريضة مرض الموت يقع به الطلاق البائن ويثبت به الاقل من الامرين : بدل الخلع ، وثالث التركة ولو زاد عن نصيب الزوج في الميراث ، سواء أماتت الزوجة في عدتها أم بعدها ، وهذا مبني على ما يروونه من صحة الوصية للوارث «٢» •

هذا ، وان برئت الزوجة من مرضها الذي وقع الخلع فيه لزمها جميع البديل ولو زاد عن ثلث مالها باتفاق ، لانه ظهر أنها لم تكن مريضة مرض الموت ، فكان تصرفها وتصرف الصحيح سواء •

١٢ - خلع الاجنبي :-

اذا تولى الخلع شخص أجنبي عن الزوجة لا هو ولي لها ، ولا وهو وكيل عنها ، فاما أن يلتزم البديل من ماله واما ألا يلتزمه •

فان التزم البديل من ماله وقبل الزوج فخالع وقع الطلاق ولزم الاجنبي أداء البديل من ماله للزوج ولا يرجع به على الزوجة • ولا يشترط هنا رضا الزوجة لانه لا يلزمها بهذا الخلع شيء مطلقا حتى يشترط رضاها ، ويكون تكليف هذه الحالة أنه طلاق على مال يدفعه الاجنبي للزوج •

وان لم يلتزم الاجنبي أداء البديل من ماله ، فان أطلق البديل ولم يصفه الى أحد ، كأن قال للزوج اخلع زوجتك على مائة دينار فقال الزوج قبلت لا يكون الاجنبي ضامنا للبديل ، ويتوقف الخلع على قبول الزوجة ، لانها

(٢) انظر الاحكام الجعفرية ص ٧٥ مادة ٢٩٤ - وفي مسائل الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٨٨ اذا خالعت الزوجة في مرضها بأكثر من مهر مثلها كان الكل من صلب مالها •

صاحبة الشأن في ذلك فاذا قبلت تم الخلع ولزمها المائة ، واذا لم تقبل لا يلزمها شيء مطلقا ، ولكن هل يقع الطلاق أو لا يقع قولان عند الحنفية •

وان أضاف الاجنبي البدل الى غيره ، كأن قال اخلع زوجتك على مائة يدفعها لك فلان ، أو تدفعها لك زوجتك ، ولم يكن مفوضا بهذا ، لا يلزمه البدل ويتوقف الخلع على اجازة من أضيف اليه البدل فان أجازته وقع الطلاق ولزمه البدل وان لم يجزه لا يقع به شيء •

وعند الجعفرية اذا اختلع الزوجة أجنبي من زوجها بعوض بغير اذنها لم يصح ذلك •

قالوا : لان الله يقول (فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) فأضاف الفداء اليها ، فدل على أنه اذا فدى غيرها لا يجوز ، وايضا الاصل بقاء العقد واجازة ذلك من أجنبي يحتاج الى دليل ، وليس في الشرع ما يدل عليه « ١ » •

الباب الثالث

« فسي : الايلاء » :-

(١) تعريفه (٢) ركنه (٣) شروطه (٤) حكمه •

١ - تعريف الايلاء :-

الايلاء في اللغة : الحلف • وفي اصطلاح الفقهاء : هو حلف الزوج بالله أو بصفة من صفاته على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فأكثر ، أو التزامه أمراً شاقاً عليه ان هو قاربها في هذه المدة •

٢ - ركن الايلاء :-

وركن الايلاء هو العبارة الدالة على منع الانسان نفسه من قربان زوجته منعاً مؤكداً باليمين أو بالتزام ما يشق عليه ، مدة أربعة أشهر فأكثر • وعلى هذا فمن قال لزوجته : والله لا أقربك أربعة أشهر ، أو والله لا أقربك سنة كان مولياً ، وكذا لو قال : والله لا أقربك ، دون تقييد بمدة معينة لان الاطلاق ينصرف الى التأييد فكأنه قال لها : والله لا أقربك أبداً ، ومن قال لزوجته : ان قاربتك في مدة أربعة أشهر فعلي حج أو صوم شهرين متتابعين كان مولياً كذلك •

ومن قال لزوجته : لا أقربك أربعة أشهر دون أن يؤكد ذلك باليمين أو بالتزام ما يشق عليه لا يكون مولياً ، وكذا لا يكون مولياً من حلف على ترك قربان زوجته مدة أقل من أربعة أشهر •

والايلاء يكون منجزاً ، ومعلقاً ، ومضافاً الى زمن مستقبل ، وتبدأ مدة الايلاء في المنجز فور التلفظ به ، وفي المعلق فور تحقق الشرط ، وفي المضاف لزمن مستقبل بدخول أول لحظة منه - هذا مذهب الحنفية •

أما الجعفرية فمذهبهم أن الايلاء لا يكون الا باسم الله أو بصفة من صفاته ، فمن حلف بالطلاق أو بالعتاق ، أو التزم ما يشق عليه لا يكون مولياً •

كما أنه لا يصح الإيلاء إلا إذا كان مطلقاً عن التقييد أو مقيداً بمدة أكثر من أربعة أشهر • ولا يكون الإيلاء عندهم معلقاً ولا مضافاً إلى المستقبل • ولا بد من كون اللفظ صريحاً في ترك قربان الزوجة مع اقترانه بالنية ، فإن كان صريحاً وتجرد عن النية ، أو كان بلفظ غير صريح ولو مع النية كقوله : والله لا يجمع رأسي ورأسك وسادة واحدة لا يكون مولياً •

٣ - شروط الإيلاء :-

أولاً - أن يكون الزوج أهلاً للطلاق عند أبي حنيفة والجعفرية ، واشترط أبو يوسف ومحمد كونه أهلاً للكفارة التي تترتب على الحنث في اليمين وعلى هذا فالإيلاء من الذمي باسم من أسماء الله «^١» صحيح عند أبي حنيفة والجعفرية ، لأنه أهل للطلاق ، فإن بر في يمينه طلقت زوجته ، وإن حنث لا تلزمه الكفارة ، وغير صحيح عند أبي يوسف • ومحمد ، لأن الذمي ليس أهلاً للكفارة لما فيها من معنى العبادة والعبادة لا تصح من الكافر • واشترط الجعفرية فوق ما تقدم أن يقصد الزوج بالإيلاء الإضرار بزوجه ، فلو حلف لصالح لم ينقذ الإيلاء ، كما لو حلف لاستضرارها بالوطء ، أو خوفاً من الحمل لمصلحة ولده «^١» •

ثانياً - قيام الزوجية ، فيصح الإيلاء من الزوجة غير المطلقة ، ومن هي في عدتها من طلاق رجعي باتفاق الحنفية والجعفرية «^١» ، لأن هذه وتلك من

(١) إذا آلى الذمي بالتزام ما هو قرينة عند المسلمين كأن قال لزوجه ان قاربك فعلي حج لا يصح اتفاقاً ، وإذا آلى بالتزام ما ليس قرينة كقوله لزوجه ان قاربك فعبدني حر أو فزوجتي فلانة طالق صح اتفاقاً عند الحنفية • انظر فتح القدير ج ٣ ص ١٨٢ - ١٨٣ •

(١) المختصر النافع ص ٢٣١ ، ومسائل الخلاف ج ٢ ص ١٨٢ - ١٨٣ •
(٢) وإذا آلى من المعتدة من طلاق رجعي فرمان العدة محتسب عند الحنفية والجعفرية من مدة الإيلاء ، وابتداء المدة من وقت الحلف ، فإن كانت معتدة

نسائه ، وكلاهما يحل وطؤها والله يقول (للذين يؤولون من نسائهم)
أما المعتدة من طلاق بائن فلا يصح الإيلاء منها باتفاق لأنها ليست من
نساء من أبانها لزوال زوجيتها بالبينونة ، ولأنه لا يحل له قربانها فكان الحلف
على تركه لغوا لا معنى له ولا أثر .

واشترط الجعفرية فوق ما تقدم كون الزوجة مدخولا بها ، فمن آلى
من زوجته قبل أن يدخل بها لا يصح إيلاؤه . وفي وقوع الإيلاء من المتمتع
بها قولان ، أظهرهما أنه لا يقع « ٢ » .

٤ - حكم الإيلاء :-

إذا آلى الزوج من زوجته فاما أن يفى إليها واما أن يبر في يمينه .

بالإقراء وامتد بها الطهر الى نهاية مدة الإيلاء وقع الإيلاء صحيحا ، وإن كانت
معتدة بالأشهر فراجعها زوجها انعقد الإيلاء ممتدا الى ما بعد الرجعة ، وإن
انقضت العدة قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لغوات المحلية . وفي كتاب فرق
الزواج للشيخ علي الخفيف ص ٢٤١ أن الجعفرية كالشافعية يحسبون مدة
الإيلاء من وقت المراجعة ، ولا أدري من أين نقل هذا عنهم ، وأبو جعفر الطوسي
شيخ الطائفة الجعفرية يصرح في مسائل الخلاف ج ٢ ص ١٠٢ بأن مذهب
الجعفرية كمذهب الحنفية كلاهما يحتسب زمان العدة من مدة الإيلاء ، ويصرح
بأنه خلاف مذهب الشافعية ثم أن الاستاذ الخفيف يقول بعد ما ذكر المذاهب في
هذه المسألة (وجملته القول : أن من يرى حرمة وطأ المعتدة من طلاق رجعي يرى
أن المدة تبتدىء من وقت المراجعة . ومن لا يرى حرمة وطئها تبتدىء المدة عنده
من وقت اليمين) . ومعلوم أن الجعفرية لا يرون حرمة وطئ المعتدة من طلاق
رجعي فمذهبهم كمذهب الحنفية في أن الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل
وهو الوطأ ودواعيه ، والاستاذ الخفيف نقل ذلك عنهم في ٢١٨ من كتابه المذكور .
فإنهم يرون الرجعة بالقول فقط ، وعلى هذا يكون مذهب الجعفرية في احتساب
زمان العدة من مدة الإيلاء هو الصحيح وهو عين مذهب الحنفية لا الشافعية .
(٣) المختصر النافع ص ٢٣١ .

فان فاء اليها قبل مضي الاربعة الاشهر بطل الايلاء ولزمه كفارة اليمين
أو الوفاء بما التزم •

والفء يكون بمباشرة الزوجة ان كان قادرا على مباشرتها • وان كان
عاجزا عن المباشرة لمرض أو حبس يستدان الى آخر مدة الايلاء يكون الفء
بنحو قوله : فئت الى زوجتي ، أو أبطلت الايلاء •

والفء بالقول تنحل به اليمين بالنسبة للطلاق فلا يقع اذا مضت المدة
ولم يقربها كما أنه لا يحنث به ، وانما يحنث وتلزمه الكفارة لو وطئها في
مدة الايلاء •

وان بر في يمينه بأن مضت الاربعة دون أن يفء الى زوجته
وقع عليها طلقة واحدة بائة دون حاجة الى انشاء طلاق أو توقف على حكم
من القاضي •

وبعد وقوع الطلاق ينتهي الايلاء ان كانت مدته معينة ، فان كان مؤبدا
كأن قال لها : والله لا أقربك أبدا لا ينتهي الايلاء بوقوع الطلاق لعدم قربانها
في الاربعة الاشهر الاولى بل يقع بمضيها دون قربانها طلقة واحدة بائة ، فان
تزوجها بعقد جديد ومضت أربعة أشهر اخرى دون قربانها وقعت طلقة ثانية
بائة ، فان تزوجها للمرة الثالثة ومضت أربعة أشهر اخرى دون قربانها وقعت
طلقة ثالثة • ولا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فان عادت له بعد
الزوج الثاني ومضت أربعة أشهر دون قربانها لا يقع عليه طلاق ، ولكن ان
قاربها لزمه كفارة اليمين أو الوفاء بما التزم به — هذا هو حكم الايلاء
عند الحنفية •

أما الجعفرية فقد ذهبوا الى أنه بعد مضي الاربعة الاشهر أما أن يفء
الرجل الى زوجته ، واما أن يطلق ، فان فاء لزمته كفارة اليمين • وان طلق
وقعت طلقة واحدة رجعية • والفء يكون بالوطأ مع القدرة عليه ، وبنحو
قوله : ان قدرت فئت الى زوجتي ان كان عاجزا •

وان أبى الزوج أن يفىء أو يطلق كان للزوجة أن ترفع أمرها الى القاضي وعلى القاضي أن ينظره أربعة أشهر أخرى ، فان أصر على الامتناع ثم رافحته بعد المدة خيره القاضي بين الفء والطلاق فان امتنع حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يكفر ويفىء ، أو يطلق • ولا يجوز للقاضي أن يطلق عليه «١» •

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى أن الزوج بعد مضي الاربعة الاشهر أما أن يفىء أو يطلق ، فان أبى طلق القاضي جبرا عليه • والطلاق من الزوج أو القاضي لا يكون الا واحدة رجعية «٢» •

الباب الرابع

« في : اللعان »

(١) تعريفه (٢) سببه (٣) صورته (٤) أصل مشروعيته (٥) شروطه (٦) حكمه •

١ - تعريف اللعان :-

اللعان لغة : مصدر من اللعن بمعنى الطرد والابعاد • وفي اصطلاح

(١) انظر المختصر النافع ص ٢٣١ ، ومسائل الخلاف ج ٢ ص ١٠١ ، و فرق الزواج للشيخ الخفيف ص ٢٤٤ •

(٢) منشأ الخلاف بين الحنفية ومخالفهم في أن الفء يكون قبل مضي الاربعة الاشهر عند الحنفية ، ويكون بعد مضياها عند الجعفرية وموافقهم هو قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم • وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) فالفاء في قوله (فان فاءوا) تدل على التعقيب باتفاق ، الا أن الجعفرية ومن معهم فهموا أن الفء يكون عقب مضي المدة التي يتربصها المولى فيكون المعنى : فان فاءوا بعد مضي المدة • والحنفية فهموا أن الفء يكون عقب الایلاء فيكون المعنى : فان فاءوا بعد الایلاء وهذا محتمل لان يكون الفء بعد الایلاء في مدة الاربعة الاشهر أو بعدها وترجع كونه في المدة بما ثبت عندهم من قراءة ابن مسعود (فان فاءوا فيهن فان الله غفور رحيم) - راجع فتح القدير ج ٣ ص ١٨٤ - ١٨٧ لتقف على أدلة الفريقين فيما وراء ذلك من خلاف •

الفقهاء : شهادات أربع مؤكدات بالايمان يؤديها الزوج مقرونة بالدعاء على نفسه باللعن ، فتقوم مقام حد القذف في حقه ، وتؤديها الزوجة مقرونة بالدعاء على نفسها بالغضب ، فتقوم مقام حد الزنى في حقها •

٢ - سبب اللعان :-

وسبب اللعان قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد عليه لو كانت أجنبية ، وذلك بأن يرميها بالزنى ، أو ينفي نسب ولدها عن نفسه ، ولا يأتي بأربعة شهداء على دعواه •

٣ - صورته :-

وصورة اللعان : أن يقف الزوجان أمام القاضى فيقول الزوج أولا : أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى (أربع مرات) ، ويقول فى الخامسة : لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى ، مشيرا فى كل ذلك الى الزوجة ، ثم تتلوه الزوجة فتقول : أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنى (أربع مرات) ، وتقول فى الخامسة : غضب الله عليها انه كان من الصادقين فيما رماها به من الزنى ، مشيرة فى كل ذلك الى الزوج — وان كان القذف بنفى الولد ذكراه بدل الزنى عند الملاعة •

واذا امتنع الزوج عن الملاعة حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد حد القذف ثمانين جلدة • واذا امتنعت الزوجة عن الملاعة بعد ما لاعن الزوج حبست حتى تلاعن أو تصدقه ، واذا صدقته سقط عنها اللعان ولا يقام عليها حد الزنى الا اذا اعترفت به اعترافا صريحا أربع مرات •

وعند الجعفرية : يحد من امتنع من الزوجين عند الملاعة بمجرد امتناعه ، لان موجب القذف — عندهم — فى حد الزوج الحد ، وله اسقاطه باللعان ، وموجب اللعان فى حق الزوجة الحد ، ولها اسقاطه باللعان ، واستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية لما قذف زوجته

بشريك بن سحماء (البنية أو حد في ظهرك) حيث أخبره ان الحد واجب عليه حتى يقيم البينة (١) •

٤ - أصل مشروعية اللعان :-

والاصل في مشروعية اللعان : أن من قذف امرأة حرة غفيفة بالزنى فاما أن يأتي بأربعة شهداء على دعواه ، وحينئذ يقام على المرأة حد الزنى ، واما أن يعجز عن الاتيان بالبينة فيجد حد القذف ثمانين جلدة ، وفي هذا يقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون • الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) والآية عامة تشمل من يقذف أجنبية ومن يقذف زوجته ••• ولكن لما كان الزوج قد تقع عينه على ما يكره من زوجته ، ويتعذر عليه الاتيان بالشهداء ، ويشق عليه ان يسكت على ريب وغيظ ، جاء رجل من الانصار وقد رأى زوجته على ما يكره ، فقال : يا رسول الله أرايتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتله قتلتموه ، وان تكلم جلدتموه ، وان سكت سكت على غيظ ، اللهم افتح ، فنزل قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين • والخامسة أن لعنت الله عليه ان كان من الكاذبين • ويدرؤ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين • والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين) • وبنزل الآيات كان اللعان طريقة مشروعة اذا ما قذف الرجل زوجته بالزنى وعجز عن البينة •

٥ - شروط اللعان :-

اذا قذف رجل زوجته فرفعت أمره الى القاضى وطالبته بموجب القذف وجب عليه اللعان ، ولكن لا بد لوجوبه من توفر الشروط الآتية :

(١) قيام الزوجية الصحيحة بين القاذف ومن قذفها ، فيقع اللعان

بين الرجل وزوجته ، ويقع بينه وبين مطلقة طلاقا رجعيا ما دامت في عدتها ، لقيام زوجيتها • ولا لعان بين الرجل ومن عقد عليها عقدا فاسدا ، ولا بينه وبين معتدته من طلاق بائن باتفاق الحنفية والجعفرية ، الا أن الجعفرية أجازوا لللعان على نفي الولد بعد ابانة الزوجة ولو تزوجت من رجل آخر (١) • ولا فرق عند الحنفية بين المدخول بها وغير المدخول بها • والزاجح من مذهب الجعفرية أنه لا لعان قبل الدخول ، وقيل يقع قبله ، وقيل يشترط الدخول لوقوعه بالقذف دون نفي الولد (٢) •

ومن قذف زوجته بزنى أضافه الى ما قبل الزوجية لاعن عند الحنفية ، لانهم يعتبرون الوقت الذي وقع فيه القذف • وعند الجعفرية يقام عليه الحد ولا يلاعن ، لانهم يعتبرون الوقت الذي أضيف اليه الزنى (٣) •

(٢) أن يكون كل من الزوجين — عند الحنفية — حرا ، مسلما عاقلا ، بالغا ، ناطقا ، غير محدود في قذف • واشترط الجعفرية البلوغ ، وكمال العقل في الزوجين ، والسلامة من الصمم والخرس في الزوجة خاصة ، فمن قذف زوجته وهي خرساء أو صماء فرق بينهما ولا تحل له أبدا (٤) • وأجازوا لعان الاخرس بإشارته المفهومة ، ولا يشترطون الاسلام ، ولا الحرية ، ولا عدم الحد في قذف على المشهور من مذهبهم •

(٣) عدم اقامة الزوج البينة على دعواه ، وزاد الجعفرية في القذف

بالزنى أن يضيفه الى مشاهدته •

(٤) أن تكون الزوجة منكرا لما رماها به زوجها •

(١) الاحكام الجعفرية ص ٨٥ ، مسائل الخلاف > ٢ ص ١١٢ •

(٢) المختصر النافع ص ٢٣٥ •

(٣) مسائل الخلاف > ٢ ص ١١٢ •

(٤) مسائل الخلاف > ٢ ص ١١١ •

(٥) أن تكون الزوجة عفيفة عن الزنى وشبهته ، وأجاز الجعفرية لعان غير العفيفة على نفى الولد خاصة •

(٦) أن يكون القذف بصريح الزنى أو بنفى الولد ، وزاد الجعفرية على ذلك قذفها برجل أصابها في الموضع الآخر حراما ، لان اصابة غير الزوج لها في أي من الموضعين فاحشة تستوجب حد الزنى عند الجعفرية •

٦ - حكم اللعان :-

إذا توفرت شروط اللعان فتلاعن الزوجان أمام القاضي ترتب على ذلك الاحكام الآتية :

(١) سقوط الحد عن كل من الزوجين باتفاق •

(٢) تقع الفرقة بين الزوجين بتفريق القاضي ان لم يطلق الزوج بعد الملاعنة ، وهذا مذهب ابي حنيفة وصاحبيه • وقال الجعفرية - وهو مذهب زفر - تقع الفرقة بمجرد تمام الملاعنة ، وحكم القاضي منفذ للفرقة لا غير • ومع هذا الخلاف فالكل مجمعون على أنه بمجرد تمام الملاعنة لا يحل استمتاع كل من المتلاعنين بالآخر ولو لم يفرق القاضي بينهما •

(٣) تعتبر الفرقة الحاصلة باللعان طلاقا بائنا عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يحل للملاعن أن يتزوجها بعد ذلك الا اذا كذب نفسه أو كان منه أو من الملاعنة ما يزيل أهلية الشهادة •

وذهب الجعفرية وأبو يوسف الى أن الفرقة باللعان فسخ يوجب الحرمة المؤبدة لقوله عليه الصلاة والسلام (المتلاعنان لا يجتمعان أبدا) •

(٤) اذا كان اللعان بنفى الولد انتفى نسبه منه ، ولا يكون بينهما من الحقوق والواجبات ما يكون بين الوالد وولده ، فلا توارث بينهما ، ولا نفقة لاجدهما قبل الآخر ولكن يعامل الولد معاملة الابن في بعض الاحكام احتياطا ، فاذا قتله الملاعن لا يقتل به للشبهة ، ولا يجوز أن

يعطى احدهما زكاته للآخر ، أو تقبل شهادته له ، وثبت بينهما حرمة المصاهرة ، ولا يعتبر الولد مجهول النسب ، فان ادعاه غير الملاحن لا يثبت نسبه منه ، لاحتمال أن يكذب الملاحن نفسه فيلحق به ، وهذا مذهب الحنفية وبه قال الجعفرية الا في باب الشهادة فقالوا تقبل شهادة الابن على أبيه الذى نفاه وتقبل شهادته له ، وفى باب القصاص حيث قالوا يجب على الاب القصاص بقتله الولد الذى نفاه وذلك لانهم يرون ان النسب لا يبقى متصلا بين الولد وأبيه الملاحن فى مثل هذه الحقوق التى تعود الى الملاحن أو تكون عليه «١» .

الباب الخامس

« فى : تطليق القاضى الزوجة على زوجها »

شريعة الاسلام شريعة عادلة ، فهي حين جعلت الطلاق بيد الزوج لاسباب ذكرناها فيما تقدم لم تنس أن المرأة قد يظهر لها فى حياتها الزوجية أو يطرأ عليها ما يعكر صفوها ، ويذهب بثمرتها ، فرفقا بها ، وانصافا لها جعلت لها حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها ، وأوجب على القاضى أن يسمع لشكايتها ، ويعمل على انصافها فيطلب من الزوج أن يفارقها بمعروف ، فان أبى طلق هو جبرا على الزوج ، ليرفع عن الزوجة ما يلحقها من ظلم لانه بحكم منصبه مكلف برفع المظالم عن الناس .

والاسباب التى تخول للزوجة حق طلب التفريق - على اختلاف فيها بين الفقهاء - هى ما يأتى :

١ - أن يكون بالزوج عيب يخل بالمقصود من الحياة الزوجية ٢ - أن يعسر بنفقتها ، أو يمتنع عنها مع يساره ، بغير مبرر شرعى ٣ - أن يضرها

(١) انظر الاحكام الجعفرية ص ٨٧ . واعلم أن مذهب الجعفرية يرى قبول شهادة الوالد لولده والولد لوالده ، والوالد على ولده ، ولا يرى قبول شهادة الولد على والده . انظر مسائل الخلاف ج ٢ ص ٢٤٤ .

بالقول او بالفعل ٤ — أن يغيب عنها بلا عذر مدة تتضرر فيها ببعده عنها
٥ — أن يحبس مدة تخشى فيها على نفسها العنت والمشقة — وسنفرّد لكل
من هذه الاسباب فصلا على حدة •

الفصل الاول

« في : التطليق لعيب الزوج »

اتفق الحنفية والجعفرية على أنه يثبت للزوجة حق طلب التفريق بينها وبين
زوجها اذا كان في الزوج عيب من هذه العيوب الثلاثة ١ — الجب ٢ — العنة
٣ — الخصاء «١» • واختلفوا فيما وراء ذلك من عيوب :

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف : الى أنه لا تفريق بغير العيوب الثلاثة
المتقدمة ، لأنها هي التي يفوت معها المقصود من الزواج فيجب التفريق اذا
طلبت الزوجة انهاءً لزوجية لا ترجى ثمرتها ، ولا يتحقق المقصود منها •
أما غير هذه العيوب فلا يفوت معها المقصود من الزواج بل هو متحقق في
الجملة ، فلا يصح التطليق الا من الزوج وحده •

وذهب محمد بن الحسن : الى أنه كما يفرق بأحد العيوب الثلاثة يفرق
أيضا بالبرص ، وبالجذام ، وبالجنون ، لأنها أمراض لا تستقيم معها الحياة
الزوجية فهي تورث من النفرة ما يمنع القربان عادة فأشبهت الجب ونحوه •
وذهب الجعفرية : الى أنه يفرق بالجنون كما يفرق بأحد العيوب الثلاثة
المتفق عليها •

ومن الفقهاء من زاد أمراضا أخرى تصلح سببا للتفريق ، واكثرهم توسعا في
ذلك الامام مالك ، وابن القيم رحمهما الله •

ومن الفقهاء من لا يرى التفريق لعيب مطلقا وهم الظاهرية •

(١) الجب : استئصال عضو التناسل ، والعنة : عدم القدرة على اتيان
النساء ، والخصاء : سل الخصيتين •

ولقد كان العمل بمصر والعراق على أنه لا يفرق بين الزوجين الا اذا كان الزوج مجبوا أو غنيا ، أو خصبا ، ثم انتهى العمل في كل منهما الى ما أخذ من مذهب محمد وغيره من الفقهاء المتوسعين في هذه الناحية ، وهو : أنه يجوز التفريق بعيوب الزوج التي لا يرجى برؤه منها ، أو يرجى برؤه منها بعد زمن طويل لا يمكن للزوجة أن تبقى معه الا بضرر كالجنون ، والجذام ، والبرص والسل ، والزهري ، وغيرها من الامراض الخبيثة التي تتعدى المريض الى غيره ، سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به •

شروط التفريق بالعيب —

ويشترط للتفريق بالعيب ما يلي :

١ — أن تكون الزوجة بالغة قد تقدمت الى القاضى بطلب التفريق ، فان كانت صغيرة وطلب وليها التفريق لم يكن للقاضى أن يفرق بينها وبين زوجها لاحتمال رضاها بالعيب بعد بلوغها •

٢ — الا يكون منها ما يدل على رضاها بالعيب ، كأن تزوجته وهى عالة بحاله ، أو تزوجته غير عالة ثم علمت بعد ورضيت به صراحة أو دلالة ، كأن خيرها القاضى بين البقاء والفرقة فقامت من المجلس أو قام القاضى قبل أن تختار شيئا • ولا يدل على رضاها بالعيب سكوتها زمنا عن طلبها التفريق قبل المرافعة أو بعدها ، خلافا للجعفرية حيث يشترطون مطالبتهما بالتفريق فور علمها بالعيب •

٣ — ألا يكون بها عيب يمنع من مخالطتها لان قيام العيب بها مانع من جهتها كقيام العيب به ، فلا يكون بامساكها — والحالة هذه — مضارا بها •

٤ — أن يكون العين ومن في معناه بالغا ، فان كان صبيا أمهل الى وقت البلوغ لعل عجزه عن المباشرة لصغره ، فاذا ما بلغ قدر عليها • فان بلغ ولم يقدر على المباشرة أمهله القاضى سنة على ما يأتى • والمجبوب الصغير لا بمهل الى البلوغ لعدم الفائدة من ذلك •

هـ - ألا يكون العنين ومن في معناه قد وصل اليها في هذا النكاح ، فان كان قد وصل اليها ولو مرة واحدة ثم عجز عنه بعد ذلك فلا حق لها في طلب الفرقة ، لان حقها قضاءً أن يباشرها زوجها ولو مرة واحدة ، وقد استوفت حقها ، هكذا يرى الحنفية «١» والجعفرية «٢» .

واذا كان القضاء في مصر والعراق قد انتهى الى أن المرض للمستعصى أو المتعدى يصلح سبباً للفرقة ولو كان طارئاً ، فأولى - فيما أعتقد - أن تكون العنة الطارئة سبباً للفرقة ان لم ترصد بها الزوجة لانها تتضرر بذلك فوق ما تتضرر من معاشرة زوج أبرص أو أجذم .

وعلى ما تقدم فمن تزوجت من رجل ثم تبين لها أنه مريض مرضاً لا يرجى برؤه منه ، أو يرجى برؤه ولكن بعد زمن طويل لا يمكنها المقام معه الا بضرر ، كان من حقها أن ترفع أمرها الى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها ، وكان على القاضي اذا ثبت مرض الزوج بشهادة أهل الرأي في ذلك وهم الاطباء أن يأمر الزوج بتطليقها في الحال ، فان طلق فيها ، والا طلق القاضي جبراً عليه ، منعا للضرر الذي يلحقها من البقاء معه .

ومن تزوجت من رجل تبين لها بعد العقد انه محبوب كان لها - ان لم ترض به - أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبينه ، فان ثبت لدى القاضي بأي طريق من طرق الاثبات أنه محبوب أمره بتطليقها في الحال ولا يمهله لعدم الفائدة من امهاله ، فان أبى الزوج أن يطلق طلقها القاضي نيابة عنه ليرفع عنها ما يلحقها من ضرر .

ومن تزوجت من عنين أو خصي وهم لا تعلم حاله، ثم تبين لها حاله بعد ذلك كان من حقها - ان لم تراض بالمقام معه - أن ترفع الامر الى القاضي ليفرق بينها وبين زوجها، فان صدقها واعترف بأنه لم يصل اليها أجله القاضي سنة (قيل قمرية ، وقيل شمسية) ولا يفرق بينهما في الحال لاحتمال أن يكون عجزه عن الوصول

(١) انظر البحر الرائق ج٤ ص ١٢٤ .

(٢) انظر الاستبصار ج٣ ص ٢٤٩ - ٢٥٠ .

اليها لعارض يزول ، فمن الناس من يعتدل مزاجه وتنشط دواعى رغبته فى المرأة فى فصل دون فصل ، فاذا مرت به السنة — وهى مشتملة على الفصول الاربعة المختلفة — ولم يصل اليها علم أن به عيبا مستحكما ، وحينئذ ان اعادت الزوجة مطاibتها بالتفريق لعدم وصوله اليها واعترف الزوج بذلك طلق عليه القاضى ان لم يطلق ، ولا ينظره بعد ذلك ولا يوما واحدا — ان طلب ذلك — الا برضاها (١) .

أما اذا لم يصدقها الزوج فى دعوى عدم الوصول اليها ، وادعى هو انه خالطها ، فان كان قد تزوجها ثيبا كان القول قول الزوج مع يمينه لان الظاهر يشهد له وكذا لو تزوجها وهى بكر ثم ظهر بالكشف عليها أنها ثيب . وان ادعت انه ازال بكارتها بغير المخالطة وهو يدعى انه أزالها بالمخالطة كان القول قوله مع يمينه ، لان الاصل فى الانسان السلامة وهو ظاهر يشهدله .

وان كان قد تزوجها بكرا ثم ظهر بالكشف عليها أنها لا تزال على حالها أجله القاضى سنة فان عادت بعد مضيتها مطالبة بالتفريق بدعوى أنه لم يصل اليها أعيد الكشف عليها ، فان ثبت انها ثيب كان القول قول الزوج مع يمينه ، وان ثبت أنها لا تزال بكرا فرق القاضى بينها وبينه . وعند الجعفرية لا يجب على القاضى أن يكلف أحدا بالكشف عليها ، بل له ذلك ، وله أن يحكم يمين الزوج من دون احضاره نسوة للكشف عليها (٢) .

هذا — ولا عبرة بتأجيل غير القاضى ، فمن أمهلته زوجته اعذارا له ثم خاصمته بعد ذلك طالبة الفرقة فى الحال لا يستجيب لها القاضى بل يمهله سنة غيرها .

ثم ان ابتداء السنة من وقت الخصومة الا اذا كان الزوج صغيرا ، أو مريضا ، أو محرما فانها تبتدىء من حين بلوغ الصغير ، وشفاء المريض ، واحلال المحرم .

(١) أنظر فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٣ .

(٢) الاحكام الجعفرية ص ٧٧ .

ولا يحتسب من السنة مدة عجزه عن الاتصال بها لمانع من جهتها مطلقا كمرضها وسفرها ، أو لمانع من جهته لا اختيار له فيه كمرضه وجبسه ، أما ان كان المانع من جهته وباختياره كسفره وئو لحج فان مدة غيبته تحتسب من السنة ، لأن هذا لا يعد عذرا له .

واذا ثبت العيب ولم يطلق الزوج ، هل يقع الطلاق باختيارها الطلاق دون توقف على حكم القاضي ، او لا يقع الا اذا أوقعه القاضي ؟ رأيان عند الحنفية ، الاول مروى عن أبى يوسف ومحمد ، والثانى مروى عن أبى حنيفة «١» . والفرقة على أي حال طلاق بائن ، لانها فرقة قبل الدخول حقيقة ، ولان رفع الضرر لا يتحقق الا بالطلاق البائن ، ولو كان رجعيًا لامكنه أن يراجعها بدون عقد فيبقى الضرر . ويجب للزوجة كمال المهر ، وعليها العدة لوجود الخلوة الصحيحة «٢» .

ويرى الجعفرية أن للمرأة أن تستقل بالفرقة ، فان كانت هناك مدة مضروبة فانقضت والزوج لا يزال على حاله كان لها أن تستبد بالفرقة دون مراجعة الحاكم ، والفرقة عندهم فسخ لا طلاق «٣» .

الفصل الثانى

« فى : التطليق لعدم الاتفاق »

لا يجوز مذهب الحنفية ولا مذهب الجعفرية التفريق بين المرأة وزوجها لعدم الاتفاق عليها سواء أكان عدم الاتفاق لاعسار الزوج أم لامتناعه عن النفقة مع يساره، لان الزوج ان كان معسرا فالواجب نظرة الى ميسره ، والله تعالى يقول (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما

(١) أنظر فرق الزواج للشيخ الخفيف ص ٢٦٩ .

(٢) البحر الرائق ح١ ص ١٢٤ .

(٣) الاحكام الجعفرية ص ٧٦ .

أتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا) ، والمعسر ما أتاه الله شيئا حتى يكلفه بالاتفاق على زوجته منه ، فلم يكن من قبله ما يستوجب تطليق زوجته عليه ، وعلى الزوجة أن تنظره الى أن يبدل الله عسره يسرا ، ولا ضرر في ذلك عليها ، لأنها تؤمر باستدانة نفقتها على زوجها وعلى من تجب عليهم نفقتها - لو لم تكن متزوجة - ادايتها ديانة وقضاء .

وان كان الزوج موسرا وامتنع عن نفقة زوجته فان كان له مال ظاهر بيع ماله للاتفاق منه عليها ، وان لم يكن له مال ظاهر حبس حتى ينق ، واذا لم يتعين التفريق رافعا لظلم الزوج زوجته حتى نلجأ اليه وهو أبغض الحلال الى الله .

قالوا : ويؤيد مذهبنا اليه أنه كان في الصحابة معسرون كثيرون ولم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالتفريق بين رجل وزوجته لعدم انفاقه عليها .

هذا مذهب الحنفية والجعفرية وهذه وجهة نظرهم في المسألة .

أما الائمة الثلاثة (مالك ، والشافعي ، وابن حنبل) فقد ذهبوا الى ان للزوجة حقا في طلب التفريق لعدم الاتفاق عليها ، وعلى القاضي متى ثبت لديه صحة دعواها أن يفرق بينها وبين زوجها رفعا للضرر عنها .

والائمة الثلاثة يتفقون على هذا المبدأ، ويختلفون في التفصيل، ويستدلون على ما ذهبوا اليه بأدلة :

منها : أن الله تعالى يقول « فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » ومع عدم الاتفاق لا يكون الزوج مسكا بمعروف ، بل يكون ظالما وعليه رفع ظلمه عن الزوجة بتطليقها ، فان امتنع فرق القاضي بينهما لانه تعين رافعا لظلم محقق .

ومنها : أنه من المتفق عليه أن القاضي يفرق بين الزوج وزوجته اذا ثبت أن بالزوج عيبا جنسيا كالعنة وطلبت الزوجة التفريق ، وما ذلك الا لرفع

الضرر عنها ، وفي عدم الاتفاق ضرر محقق ، وهو أشد عليها مما ذكر ، فكان التفريق بسببه أولى وألزم •

ومنها : أن أبا الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على زوجته أيفرق بينهما ؟ قال : نعم ، قلت له : سنّة ؟ قال : سنة وقوله سنة ينصرف الى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولئن كان هذا الاثر فمراسيل سعيد بن المسيب يحتاج بها عند كثير من الفقهاء «^١» •

قالوا : وقد ثبت أن عمر بن الخطاب كتب الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن يأخذوهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فان طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى •

وأنت ترى أنه لا نص من قرآن أو سنة صحيحة يصرح بجواز التفريق بين الزوجين لعدم الاتفاق ، والادلة لكل من الفريقين يمكن مناقشتها •

وأيا ما كان الامر فقد كان العمل جاريا في مصر والعراق على ما ذهب اليه الحنفية والجعفرية من أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين لعدم الاتفاق ولكن ترك العمل بهذا المذهب وأخذ بمذهب مالك في هذه المسألة لانه أوسع من غيره - وتفصيل ما استقر عليه العمل هو :

أن الزوج اذا لم ينفق على زوجته ، وطلبت التفريق بينها وبينه لذلك ، فينظر ، هل للزوج مال ظاهر ، أو ليس له مال ظاهر ؟ فان كان له مال ظاهر استوفت الزوجة نفقتها منه بأي طريق من طرق الاستيفاء ، ولا تجاب الى طلبها ، لان حقها في النفقة لم يفت ، ولا فرق في هذا بين كون الزوج حاضرا أو غائبا •

وان لم يكن للزوج مال ظاهر ، فاما أن يكون حاضرا ، وأما أن يكون غائبا ، فان كان حاضرا وثبت اعساره بدعواه ومصادقة الزوجة ، أو بينة

امهله القاضى مدة لا تزيد على شهر ، فان أتفق فيها ، وان لم ينفق طلق القاضى عليه .

وأن كان حاضرا ولم يثبت اعساره ، بأن أقر بيساره ، أو سكت عن بيان حاله من يسار أو اعسار ، أو ادعى الاعسار وعجز عن البينة ولم تصادقه الزوجة طلق عليه القاضى فى الحال ولا يمهله كما فى الصورة السابقة ، لانه حيث لم يثبت اعساره كان ظاهرا حاله أنه متعنت فى عدم الاتفاق فلا فائدة من امهاله . أما فى الصورة السابقة فقد ثبت اعساره فلم يكن متعنتا لانه ما امتنع عن الاتفاق الا لعسره ، وليس يشق على الزوجة أن تنتظر مدة قصيرة قد يبدل الله فيها عسر زوجها يسرا .

وان لم يكن للزوج مال ظاهر وكان غائبا فان كانت غيبته قريبة بحيث يمكن الاتصال به ، أعذر اليه القاضى وذلك بأن يرسل اليه كتابا أو رسولا ويضرب لها أجلا «١» ليحضر بنفسه للاتفاق على زوجته أو يرسل لها نفقتها ، فان حضر وأتفق عليها ، أو أرسل لها النفقة فيها ، والا طلق عليه القاضى بعد مضى الاجل والتأكد من وصول الاعذار اليه .

وحكم المسجون الذى ليس له مال ظاهر حكم الغائب غيبة قريبة اذا طلبت زوجته تطبيقها منه لعدم الاتفاق عليها .

وان كانت غيبة الزوج بعيدة بحيث لا يسهل الوصول اليه ، أو كان مجهول الحال ، أو مفقودا ، وثبت ما تدعيه الزوجة من عدم انفاقه عليها طلق عليه القاضى فى الحال بدون اعذار ولا امهال «٢» .

(١) حدد القانون المصرى الاجل بمدة أقصاها تسعة أيام .

(٢) ذهب الجعفرية الى أن زوجة المفقود لا خيار لها ان عرف خبره أو كان له ولى ينفق عليها ، فان فقد الامران ورفعت أمرها الى الحاكم أجلها أربع سنين ، فان وجده والا أمرها بعدة الوفاة ثم اباحها النكاح ، فان جاء فى العدة فهي زوجته ، وان خرجت من عدتها وتزوجت فلا سبيل له عليها المختصر النافع ص ٢٢٥ .

هذا • وان الطلاق الذى يوقعه القاضى بسبب عدم الاتفاق يكون رجعيا اذا كان بعد الدخول ، ويجوز للزوج أن يراجع زوجته ما دامت فى عدتها اذا ثبت يساره وأظهر استعداداه للاتفاق عليها ، وبغير ذلك لا تصح الرجعة لقيام سبب التطلق •

الفصل الثالث

« فى : التفريق للضرر »

المراد بالضرر هو اىذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل ، كالضرب المبرح ، والشتيم المقتدع ، والهجر بغير سبب ، وحملها على ارتكاب محرم ، والعمل على ابتزاز مالها •

ومذهب الحنفية والجعفرية لا ييجز التفريق بناءً على طلب الزوجة لشيء من ذلك ، وانما على القاضى اذا ثبت لديه دعوى الزوجة اىذاء الزوج نها أن يحضر الزوج وينها عما يفعل بزوجه ، ويأمره بحسن العشرة ، فان امتثل فيها ، وان استمر على اىذائه اياها عزره بما يراه رادعا له ، كالشتيم ، والضرب ، والحبس •

وعلى هذا جرى العمل ولا يزال يجرى الى الآن فى العراق •

أما فى مصر فقد كان العمل على هذا أيضا الى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وفيه ما يأتى :

« المادة السادسة » — اذا ادعت الزوجة ضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلبة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما ، فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمن ، وقضى على الوجه المبين بالمواد : (٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١) •

« المادة السابعة » — يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين أن امكن ، والا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما ، وقدرة على الاصلاح بينهما •

- « المادة الثامنة » — على الحكّمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الاصلاح ، فان أمكن على طريقة معينة قرراها •
- « المادة التاسعة » — اذا عجز الحكمان عن الاصلاح ، أو كانت الاساءة من الزوج ، أو منهما ، أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة •
- « المادة العاشرة » — اذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث فان استمر لخلاف بينهما حكم غيرهما •
- « المادة الحادية عشرة » — على الحكّمين أن يرفعا الى القاضى ما يقررانه ، وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه •

والاصل في التحكيم عند المشاققة بين الزوجين قوله تعالى « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا » •

وما استقر عليه العمل في مصر بمقتضى القانون المذكور مأخوذ من مذهب الامام مالك رضى الله عنه ، والعمل به — اذا استحكم الشقاق بين الزوجين وتعذر الوفاق ، وتصادى الزوج في عدوانه وأصر على عدم الطلاق — أولى من التجمود على مذهب الحنفية والجعفرية ، لان في الناس من يتصادى في عدوانه على زوجته ولا يرده زجر ، ولا ينفع معه تعزير •

الفصل الرابع

« في : التطبيق لغية الزوج »

اذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها ، وتخشى على نفسها الفتنة لم يكن لها عند الحنفية والجعفرية حق في طلب التفريق بينها وبين زوجها ، لعدم قيام ما يبنى عليه التفريق في نظرهم • وعلى هذا لا يزال العمل يجرى في العراق ، وقد وقعت محاولة تشريعية للعمل بغير هذا المذهب ولكنها محاولة لم يقدر لها أن تظهر الى حيز التنفيذ ، فقد وضعت لائحة للاحوال

الشخصية للعمل بها في المحاكم الشرعية العراقية، ولكنها معطلة الى يومنا هذا، وقد جاء في الفقرة الاولى من المادة ٧١ من هذه اللائحة ما نصه :

« اذا ترك الزوج مالا وتغيب وطلبت الزوجة التفريق يقوم القاضي بالتحقيقات اللازمة بحقه ، فاذا حصل يأس من أخذ خبر بمحله وحياته أو مماته يؤجل ذلك أربع سنوات اعتبارا من تاريخ اليأس ، وان لم يكن أخذ خبر عنه خلال هذه المدة وأصرت الزوجة على الطلب فرق بينهما » .
وجاء في الفقرة الثانية من المادة نفسها ما نصه :

« اذا كانت غيبة الزوج في دار حرب يحكم القاضي بالتفريق بعد مرور سنة من عودة المتحاربين واسرائهم الى أوطانهم دون أن يظهر عنه خبر » .
أما في مصر فقد ترك العمل بمذهب الحنفية الى ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وفيه :

«المادة الثانية عشرة» اذا غاب الزوج سنة فاكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب الى القاضي تطليقها بائنا اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

« المادة الثالثة عشرة » - ان أمكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له أجلا وأعذر اليه بأنه يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها اليه أو يطلقها ، فاذا انقضى الاجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بتطليقه بائنة ، وان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها القاضي عليه بلا عذر وضرب أجل «١» .

(١) نصت المذكرة الايضاحية على أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب الامام مالك رضي الله عنه ، ولكن مذهب مالك لا يشترط لجواز التفريق أن تكون الغيبة لغير عذر مقبول بل عنده يجوز التفريق سواء أكانت الغيبة لعذر مقبول أم لعذر غير مقبول اذا طلبت الزوجة ذلك ، فمن سافر لتجارة ، أو ندب لسفارة ، أو رحل لطلب علم وترك زوجته ولم يستطع نقلها اليه كان ذلك من مبررات طلبها للفرقة ان شق عليها غيابها ولم تأمن على نفسها الفتنة . والحق أن القانون في اشتراطه لجواز التفريق كون الغيبة لعذر غير مقبول يوافق مذهب الحنابلة لانهم هم الذين يفرقون بين العذر المقبول والعذر غير المقبول .

الفصل الخامس

« في : التطليق لحبس الزوج »

مذهب الحنفية والجعفرية لا يرى جواز التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج مدة تتضرر بها الزوجة ، وعلى هذا يجري العمل في العراق الى يومنا هذا ، وقد حاول المشرع العراقي العدول عن هذا المذهب الى رأي راه أوفق وأرفق بالمرأة ، وهو ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة ٧١ من لائحة الاحوال الشخصية للمحاكم العراقية ، ونصها :

« لزوجات المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة سبع سنين فأكثر أن تطلب الى القاضي التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الاتفاق منه » .

وقد علمت أن هذه اللائحة لم يعمل بها ، وأنها لا تزال معطلة الى اليوم . اما في مصر فقد عدل عن مذهب الحنفية الى ما جاء في المادة الرابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها :

« لزوجات المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب من القاضي بعد مضي سنة (١) من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الاتفاق منه » .

وهذا الحكم مستمد من مذهب الامام مالك رضى الله عنه .

الباب السادس

« في : الفرقة بسبب الردة »

الردة هي ترك المسلم أو المسلمة دين الاسلام الى دين اخر، أو الى غير دين

(١) السنة التي ضربها المشرع المصري اقصى الاجل لفية الزوج أو حبسه بالفعل هي السنة الشمسية وهي ٣٦٥ يوما ، وقد نص على ذلك في المادة ٢٣ من القانون المذكور حيث قال : « المراد بالسنة في المواد من (١٢ الى ١٨) هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوما » .

والردة من الاسباب التى تقع بها الفرقة بين الزوجين من تلقاء نفسها دون توقف على حكم القاضى ، باتفاق الحنفية والجعفرية ، مع خلاف يسير فى بعض الجزئيات ، واليك التفصيل :

أولا - اذا ارتد أحد الزوجين دون الآخر :

يرى الحنفية : أنه اذا ارتد الزوج وحده وقعت الفرقة بين الزوجين فى الحال دون توقف على قضاء القاضى ، سواء أكانت الزوجة مسلمة أم كتابية . وتعتبر الفرقة فسخا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وعند محمد رضى الله عنه تعتبر طلاقا .

واذا ارتدت الزوجة وحدها انفسخ النكاح فى ظاهر المذهب ، وتجبر الزوجة على الاسلام ، وعلى تجديد عقد النكاح بمهر يسير حتى لا يتهيا للمرأة التى تريد الخلاص من زوجها الخلاص عن طريق الردة ، وعلى هذا جرى مشايخ بخارى وأفتوا به ، وأفتى مشايخ بلخ وسمرقند بعدم وقوع الفرقة بردة الزوجة معاملة لها بنقيض مقصودها .

ويرى الجعفرية : أنه اذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام انفسخ النكاح بلا توقف على القضاء ، غير انه اذا كانت الردة قبل الدخول انفسخ النكاح فى الحال ، وان كانت الردة بعد الدخول توقفت الفرقة الى انقضاء العدة ، فان انقضت ولم يعد المرتد الى الاسلام انفسخ النكاح منذ ارتد ، وان عاد الى الاسلام فى أثناء العدة بقى النكاح على حاله الا اذا كان المرتد هو الزوج وكان مولودا على فطرة الاسلام حيث ينفسخ النكاح فى الحال ، وقعت الردة قبل الدخول أو بعده «١» .

وتجبر الزوجة المرتدة - عند الجعفرية - على الاسلام ، ولا تجبر على تجديد النكاح بمهر يسير بعد ما بان «٢» .

(١) الاحكام الجعفرية ص ٧٨ مادة ٣٠٣ .

(٢) الاحكام الجعفرية ص ٧٨ مادة ٣٠٤ .

ثانيا - اذا ارتد كلا الزوجين :

يرى الحنفية : أنه اذا ارتد الزوجان معا أو على التعاقب ولم يعلم الاسبق منهما ثم أسلما كذلك فالتكاح باق على حاله دون حاجة الى عقد جديد •

واذا ارتدا على التعاقب وعرف الاسبق منهما ردة ، أو ارتدا معا ثم عادا الى الاسلام على التعاقب وعرف الاسبق منهما في العود انفسخ النكاح ويفرق بينهما في الحال •

ويرى الجعفرية : أنه اذا ارتد الزوجان معا أو على التعاقب بعد الدخول ولم يعلم الاسبق منهما ثم أسلما كذلك في العدة يبقى التكاح قائما بينهما ، وانما يفسد اذا كان قبل الدخول الا اذا كان ارتداد الزوج عن فطرة فتحصل البينة في أول زمن الردة ولو بعد الدخول «^١» •

واذا ارتدا على التعاقب وعرف الاسبق ردة ، أو ارتدا معا ثم عادا الى الاسلام على التعاقب وعرف الاسبق عودا فالحكم عين الحكم فيما لو ارتد احدهما دون صاحبه •

هذا - ومن أقرت على دين سماوى ثم ارتدت عنه الى غير دين أو الى دين غير سماوى فحكمها حكم من ارتدت عن الاسلام باتفاق •

ومن اقرت على دين سماوى كاليهودية ثم ارتدت عنه الى دين سماوى اخر كالنصرانية لا تعتبر مرتدة عند الحنفية ، وتعتبر مرتدة ويفسخ النكاح عند الجعفرية وهو أصح القولين عند الشافعية ، لكن اذا أسلمت قبل انقضاء العدة فان النكاح يبقى على حاله •

والفرقة بسبب الردة لا توجب حرمة مؤبدة فمن عاد الى الاسلام بعد ما ارتد وبانت منه زوجته جاز له أن يجدد نكاحها ، انقضت عدتها أو لم تنقض ما لم تحرم عليه بسبب اخر حرمة مؤبدة أو مؤقتة •

••• وبعد فهذه هي أهم فرق الزواج عرضنا لها بتفصيل ، وهناك فرق

أخرى لم تفرد لها بحوثا مستقلة اكتفاءً بما ذكرناه عنها في مواضع مختلفة تقدمت ، وذلك كالفرقة بسبب إباء الزوج عن الاسلام وقد أسلمت زوجته ، والفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج ، والفرقة لكون المهر أقل من مهر المثل ، والفرقة بسبب خيار البلوغ أو الافاقة ، والفرقة بسبب طرء ما يوجب حرمة المصاهرة ، وغير ذلك من الفرق التي ترد على عقد الزواج .

وهناك فرقة أخرى ليست فسخا ولا طلاقا ، وانما هي فرقة بالابدان ، على معنى أن الزوجية معها قائمة ولكن يحرم فيها ما يكون عادة بين الرجل وزوجته : إلى أن يوجد ما يرفع التحريم وهو الكفارة ، وهذه الفرقة تكون بسبب الظهار وهو ما نعرض له في الباب التالي .

الباب السابع

((في : الظهار))

١ - تعريفه ٢ - ركنه ٣ - شروطه ٤ - حكمه .

١ - تعريف الظهار :-

الظهار هو تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأييد ، أو بجزء منها لا يحل نظره اليه ، وذلك كأن يقول الرجل لزوجته : أنت على كظهر أمي

٢ - ركنه :-

وركن الظهار هو الصيغة التي تدل على تشبيه الرجل زوجته في حرمتها عليه بمن هي محرمة عليه تأييدا ، أو لمصاهرة ، أو لرضاع .

٣ - شروطه :-

ويشترط لصحة الظهار ما يلي :

أولا - أن يكون المظاهر زوجا ، بالغا ، عاقلا مسلما .

ثانيا - أن تكون المظاهر منها زوجة قد انعقد زواجها صحيحا نافذا ، فيصح الظهار من المعتدة من طلاق رجعي لقيام زوجيتها ، ولا يصح من المعتدة من طلاق بائن ، ولا من المعقود عليها عقدا فاسدا ، ولا من المعقود

عليها عقدا صحيحا غير نافذ ، لانهن حرام عليه فعلا فلا يكون للظهار منهن معنى اللهم الا اذا كان مجرد الاخبار عن الواقع •

ثالثا — أن تكون المرأة التي شبه بها زوجته محرمة عليه على جهة التأييد تحريما مجمعا عليه ، فان شبهها بمحرمة عليه تأييدا عند فريق من الفقهاء دون فريق ، كأم من زنى بها ، أو كبنته من الزنى لم يكن ذلك ظهارة على المعتمد من مذهب الحنفية •

ويشترط الجعفرية في الظهار : أن يسع نطق المظاهر شاهدا عدل • وفي صحة الظهار مع الشرط روايتان عنهم أشهرهما انصحة • ويشترطون في المظاهر : الاسلام ، والبلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد • وفي المظاهر منها : قيام زوجيتها حقيقة أو حكما ، وأن تكون في طهر لم يجامعها فيه اذا كان زوجها حاضرا ومثلها تحيض • وفي اشتراط الدخول تردد ، المروى الاشتراط • وفي وقوعه بالمتنع بها قولان أشهرهما الوقوع «١» •

٤ — حكم الظهار —

كان الرجل في الجاهلية اذا أراد أن يطلق امرأته جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من أمه كالنخذ ، والظهر ، والبطن ، والفرج ، ثم نظروا فلم يجدوا موضعا أحسن في الذكر ولا أستر من الظهر مع اصابة المعنى الذي أرادوه فاستعملوه دون غيره ، ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت : كنت تحت أوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعت في بعض ما أمرني به فقال : أنت على كظهر أمي ، ثم خرج فجلس في نادى قومه ، ثم رجع الى فراودني عن نفسي فقلت : والذي نفس خولة بيده لاتصل الى وقد قلت ما قلت حتى يقضى الله ورسوله في ذلك فوق على فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيرانى فأخذت ثيابا فلبستها واتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فجعل يقول لى : زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسنى اليه ، فجعلت أشكو الى الله ما أرى

من سوء خلقه ، فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند نزول الوحي ، فلما سرى عنه قال : أنزل الله فيك وفي زوجك بيانا ، وتلا قوله تعالى « قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكى الى الله والله يسمع تحاوركما ان الله سميع بصير • الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم ان اماتهم الا اللاتي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله لعفو غفور • والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير • فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فأطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب اليم » ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مريه فليعتق رقبه ، فقلت : لا يجد ذلك يارسول الله ، ثم قال : مريه أن يصوم شهرين متتابعين ، فقلت : هو شيخ كبير لا يطيق الصوم ، فقال مريه فليطعم ستين مسكينا ، فقلت : ما عنده شيء يارسول الله ، فقال : انا سنعيه بعرق (١) ، فقلت : وأنا أعينه بعرق أيضا ، فقال : افعلی واستوصى به خيرا (٢) •

ومن هذا تعلم أن حكم الظهار في الاسلام غير ما كان عليه في الجاهلية ، فمن ظاهر من زوجته لا يعتبره الشارع مطلقا لها ، وانما يعتبره عابثا بالحياة الزوجية ، وظالما لزوجته حيث أراد الكيد لها ، وجزاؤه على ذلك أنه لا يحل له قربانها والاستمتاع بها ، ولا يحل لزوجته تمكينه من ذلك حتى يكفر عن خطيئته بعتق رقبة مؤمنة أو غير مؤمنة ، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فان لم يستطع فأطعام ستين مسكينا ، يغديهم ويعشيهم مع اشباعهم أو يدفع لهم قيمة ذلك • وقال الجعفرية لا يجوز دفع القيمة (٣) • فان هو كفر حلت له زوجته ، وان امتنع عن التكفير ألزمه به القاضي دفعا

(١) المراد عرق من تمر ، والعرق بالراء المفتوحة زنبيل يسع ثلاثين

صاعا على الاصح — فتح القدير حـ ٣ ص ٢٤١ •

(٢) العناية « هامش فتح القدير » حـ ٣ ص ٢٢٦ •

(٣) مسائل الخلاف حـ ٢ ص ١٠٩ •

للضرر عن الزوجة وذلك بأن يجسه أو يضربه حتى يكفر أو يطلق • وقال الجعفرية : اذا رفعت الزوجة أمرها الى القاضى أنظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة ، وعند انقضائها يضيق عليه حتى يكفر أو يطلق «(١)» •

الباب الثامن

« فى : العدة »

١ — تعريفها ٢ — سببها ٣ — حكمة مشروعيتهما ٤ — أنواعها ٥ — تحول العدة من نوع الى نوع ٦ — عدة من تزوجها مطلقها وهى فى عدتها ثم طلقها ٧ — تداخل العدتين ٨ — مبدأ العدة ونهايتها ٩ — ما يجب على المعتدة وما يجب لها •

١ — تعريف العدة :-

العدة لغة : الاحصاء ، تقول : عدت الشئ عدة اذا أحصيته احصاءً ، وتطلق العدة ويراد منها المحدود •

وشرعا : مدة يلزم المرأة تربصها عقب الفرقة لانقضاء ما بقى من اثار النكاح أو شبهته •

فمن وجبت عليها العدة وجب عليها ان تنتظر ولا تتزوج بغير زوجها الاول «(٢)» فاذا انقضت عدتها انقضت العلائق بينها وبين زوجها ، وحل لها أن تتزوج بعده من تشاء •

وليس على الرجل أن يتربص مدة العدة التى تتربصها مطلقته ويستنع فيها عن الزواج الا اذا كانت من يريد الزواج بها محرمة عليه لما منع مؤقت وذلك كمن طلق زوجته وأراد الزواج من أختها فانه لا يجوز له ذلك الا بعد مضي عدة مطلقته لثلا يكون جامعا بين أختين ، ومن كان متزوجا من أربع نسوة

(١) المختصر النافع ص ٢٣٠ •

(٢) الا اذا كانت مطلقة ثلاثا فانها لا تحل فى العدة لزوجها ولا لغيره •

فطلق احداهن فليس له أن يتزوج غيرها حتى تنقضى عدتها لئلا يكون جامعا بين أكثر من أربع (١) .

٢ - سببها :-

وتجب العدة لاسباب مختلفة وهى :

أولا - وفاة الزوج قبل الدخول أو بعده اذا كان عقد الزواج صحيحا ، فان كان العقد فاسدا فلا تجب العدة الا اذا حدث دخول حقيقى .

ثانيا - حدوث مفارقة فى نكاح صحيح بسبب طلاق أو فسخ بعد الدخول الحقيقى أو بعد الخلوة الصحيحة أو الفاسدة عند الحنفية ، وبعد الدخول الحقيقى فقط عند الجعفرية .

ثالثا - حدوث مفارقة فى نكاح فاسد أو وطء بشبهة بعد الدخول الحقيقى عند الحنفية والجعفرية .

٣ - حكمة مشروعيته :-

وقد شرعت العدة لحكم كثيرة منها : التعرف على براءة الرحم من الحمل حتى لا تختلط الانساب .

ومنها : تمكين الزوجة من الحداد واطهار أسفها وحزنها على وفاة زوجها ، وهذا ضرب من الوفاء له اذ ليس من المروءة ولا من عرفان لجييل زواج المرأة اثر وفاة زوجها ولو قبل دخوله بها ، كما أنه ليس من اللائق بامرأة اقترنت برجل وارتبطت بأهله برابطة المصاهرة أن تنعم بحياة زوجية جديدة فى وقت لا يزال فيه أهل زوجها المتوفى فى حزن عليه .

ومنها : أن الشارع أراد من وراء العدة أن يهىء للمطلق فرصة ، ويجعل أمامه متسعا من الوقت لعله يراجع فيه نفسه ويندم على تسرعه بالطلاق فيراجع زوجته بلا عقد ولا مهر ان كان قد طلقها رجعا وعدتها لا تزال

(١) تقدم أن الشافعية والجعفرية يجيزون للرجل أن يتزوج من اخت من طلقها باثنا قبل مضى عدتها ، وكذا من خامسة بعد ما أبان الرابعة وهى فى عدتها . انظر ص ٨٥ ، ٨٨ من الكتاب .

باقية ، أو يعيدها الى عصمته بعقد جديد ومهر جديد وهي في العدة ان كان قد طلقها طلبة بائنة وليس ذلك لاحد غيره . أما بعد العدة فهو والاجنبى سواء فى طلب الزواج منها وربما فضلت الاجنبى عليه ولا يملك منعها من ذلك .

وحكمة أخرى وراء ذلك كله ، وهي التنويه بخطر الزواج وعظم شأنه ، فاذا ما انتهت زوجية امرأة فلا تقدم على زوجية جديدة الا بعد مضي مدة يكون فيها التبصر والتروي ، وحاجة المرأة الى التبصر والتروي فى الزواج جلية واضحة لان عصمتها بيد زوجها لا بيدها ، فاذا ما تسرعت وظهر خطؤها عجزت عن مفارقة زوجها ، أما الرجل فأمر الطلاق بيده ، ويستطيع الخلاص من الزوجة التى لا تلائمها حيث شاء ، فلم يكن بحاجة الى مدة مضروبة شرعا يتروى فيها قبل ما يقدم على الزواج .

٤ - أنواع العدة :-

وانواع العدة ثلاثة : (١) عدة بالاقراء (٢) عدة بالاشهر (٣) عدة بوضع الحمل - وانيك بيان كل منها :

أولا - العدة بالاقراء :

الاقراء جمع قرء ، والقرء لفظ مشترك بين معنيين ، فهو يطلق لفة على الحيض وعلى الطهر ، وقد جاء فى بيان عدة المطلقات قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ولفظ القروء فى الآية يحتمل كلا المعنيين ، ولهذا اختلف الصحابة ومن بعدهم فى المراد منه ، فذهب فريق الى أن المراد من القروء فى الآية الحيض ، واختاره الحنفية والحنابلة ، وذهب فريق اخر الى ان المراد من القروء فيها الطهر ، واختاره المالكية والشافعية والجعفرية ، ولكل من الفريقين أدلة لا تطيل بذكرها (١) .

(١) راجع كتب التفسير عند شرحها للاية ، وراجع فتح التقدير ح ٣ ص ٢٧٠ وما بعدها .

ومقدار العدة بالاقراء ثلاثة قروء كما هو نص الآية السابقة ، وبناء على الخلاف فى معنى القراء ذهب الحنفية الى أنه لا بد لانتهاى العدة من ثلاث حيضات كوامل بعد الفرقة ، فمن طلقت للبدعة وهى حائض لا تحسب الحيضة التى طلقت فيها ، بل لا بد من ثلاث حيضات كوامل تستأنفها بعد طهرها من الحيض الذى طلقت فيه •

وذهب الجعفرية الى أنه لا بد لانتهاى العدة من ثلاثة أطهار يحتسب منها الطهر الذى وقعت فيه الفرقة ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة ، فسن طلقت أثناء طهرها احتسب ذلك الطهر من عدتها ولا بد من طهرين كاملين غيره ، فاذا رأت الدم الثالث انتهت عدتها بمجرد رؤيته وحلت للزواج •

والعدة بالاقراء تكون لمن فارقها زوجها بعد الدخول بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة اذا كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملا •
والمرأة المدخول بها دخولا حقيقيا بناء على عقد فاسد أو شبهة اذا فارقها من دخل بها أو مات قبل مفارقتها تعتد بثلاثة قروء أيضا اذا كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملا •

ثانيا - العدة بالاشهر :

والعدة بالاشهر نوعان : نوع الاشهر فيه بدل عن الاقراء ، ونوع الاشهر فيه أصل لا بدل •

فالنوع الاول وهو العدة بالاشهر التى هى بدل عن الاقراء : يكون لمن فارقها زوجها بعد الدخول بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة ، وكانت لا تحيض لصغر أو لبلوغها سن اليأس (١) أو بلغت بالسن وهو خمسة عشر

(١) وسن الاياس مختلف فيه بين الفقهاء فمن الحنفية من قدره بخمسين سنة ، ومنهم من قدره بخمس وخمسين سنة وعليه الفتوى عندهم . وعند الجعفرية سن الاياس للقرشيات ستون سنة ، ولغير القرشيات خمسون . والمالكية يبلغون بسن الاياس الى السبعين . والحق ان سن اليأس يختلف باختلاف النساء واختلاف البيئة ، وتقدير سن معينة له مبنى على استقراءات ناقصة .

يوما ولم تحض قط ولم تكن حاملا ، فمن هذا شأنها تعتد بثلاثة أشهر لقوله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن) •

وانما كانت الاشهر الثلاثة لانها قائمة مقام ثلاث حيضات اذ هي بدل عنها ، والغالب ان المرأة ترى العادة في كل شهر مرة ، فثلاث حيضات في ثلاثة أشهر ، فاذا لم يكن حيض لسبب من الاسباب المتقدمة فمدة ثلاث حيضات كافية • ويرى الجعفرية ان العدة بالاشهر الثلاثة تكون لمن لا تحيض خلقه ، أو لرضاع أو مرض أو غيرهما وهي في سن من تحيض ولم تكن حاملا اذا كانت الفرقة بعد الدخول لسبب غير الوفاة ، أما التي لا تحيض لصغر ، أو لكبر تحقق معه بلوغها سن اليأس فلا عدة عليها مطلقا غير عدة الوفاة ان مات عنها زوجها •

ولا بد — باتفاق الحنفية والجعفرية — من أن تكون الاشهر الثلاثة كاملة واذا ابتدأت العدة من أول الشهر تعتبر الاشهر بالاهلة ولو نقص بعض الاشهر عن ثلاثين يوما ، واذا ابتدأت العدة في أثناء الشهر احتسبت بالايام تعين يوما كاملة في رأي ابي حنيفة ، وذهب أبو يوسف ومحمد والجعفرية الى أنه يحتسب الشهران المتوسطان بالاهلة ، وتكمل عدة الشهر الاول ثلاثين يوما من الشهر الرابع •

والنوع الثاني وهو العدة بالاشهر التي هي أصل لا بدل : يكون لمن توفي عنها زوجها بعد عقد صحيح ولو قبل الدخول ولم تكن حاملا ، سواء أكانت من ذوات الحيض أم لم تكن ، وهذه تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام ، لقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) • واعتبار الاشهر هنا بالاهلة أو بالايام يجري فيه التفصيل والخلاف السابق •

وانما كانت الاشهر هنا اربعة وعشرة ايام ، لان هذه المدة أقصى ما تتحمله

الزوجة عادة في البعد عن الأزواج ، وهي أيضا المدة التي يتبين فيها بوضوح كون المرأة حاملا أو غير حامل •

ثالثا - العدة بوضع الحمل :

يرى الحنفية ان المرأة الحامل مطلقا عدتها بوضع حملها ، سواء أكانت الفرقة عن طلاق أم عن فسخ ، أم عن وفاة ، وسواء أكان الحمل نتيجة زواج صحيح ، أم زواج فاسد ، أم وطئ بشبهة (١) وذلك لعموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) ، وعلى هذا فمن وضعت حملها بعد الفرقة ولو بلحظة فقد انتهت عدتها وحلت للأزواج ولو لم تظهر من نفاسها ، وليس عليها عدة وفاة ، ويشهد لهذا ما صح عن أم سلمة من أن سبيعة الاسلمية ولدت بعد وفات زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : قد حلت فانكحي من شئت ، ومثل هذا الحديث يخصص عموم قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) •

ويرى الجعفرية : أن الحامل التي فارقتها زوجها لغير وفاة تعتد بوضع حملها ، فلو وضعت بعد لحظة من مفارقتها انتهت عدتها وحلت للأزواج • أما الحامل التي مات عنها زوجها فانها تعتد بأبعد الاجلين (عدة الوفاة وعدة وضع الحمل) فان وضعت قبل أربعة أشهر وعشرة أيام فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام من حين الوفاة • وان مضت أربعة أشهر وعشرة أيام ولم تضع فعدتها لا تنتهي الا اذا وضعت حملها - وما ذهب اليه الجعفرية مروى عن علي وابن عباس رضی الله عنهما ، وذلك عملا بعموم الآيتين وهما قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وقوله (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ، ولعل عليا وابن عباس لم يبلغهما حديث أم سلمة الذي أخذ به الحنفية ،

(١) تقدم الكلام عن الحامل من الزنى من ناحية العدة والعقد عليها والدخول بها فراجع ص ٨٣ - ٨٤ من الكتاب •

هذا ويشترط الحنفية والجعفرية في الحمل الذى تنتهى العدة بولادته أن يكون قد أستبان خلقه أو بعض خلقه، سواء أولد حيا أم ميتا، فإن لم يستبين شئ من خلقه بأن وضعت علقه أو مضغة غير مخلقة فلا يعتبر ذلك حملا ولا تنتهى به العدة .

هـ - تحول العدة من نوع الى نوع -

قد تبدى المرأة عدتها بنوع معين ، ثم يتغير حالها فيتغير نوع عدتها تبعا لذلك، فامرأة تعتد بالاشهر، ثم يتغير حالها فتعتد بالحيض، وامرأة تعتد بالحيض ثم يتغير حالها فتعتد بالاشهر ، وامرأة تعتد بثلاثة أشهر أو بثلاث حيضات فيطراً عليها ما يجعلها تعتد بأربعة اشهر وعشرة أيام - ويبان ذلك في المسائل الاتية :

المسألة الاولى - من كانت عدتها ثلاثة أشهر اذا رأت دم الحيض قبل تمام الاشهر الثلاثة وجب عليها أن تستأنف عدة جديدة بثلاث حيضات عند الحنفية «١» ، وبثلاثة أطهار عند الجعفرية ، ولا عبرة بالايام التى تربصتها بعد الفرقة وقبل رؤية الحيض ، لان الاشهر كانت بدلا عن القروء ، واذا وجد الاصل قبل تحقق البذل اعتبر الاصل وسقط اعتبار البذل .

أما ان رأت دم الحيض بعد تمام عدتها بالاشهر فليس عليها أن تستأنف عدة جديدة بالقروء ، لان البذل وهو الاشهر الثلاثة قد تحقق بتمامه قبل وجود الاصل وهو القروء فلا مجال لتحول العدة بعد ما تمت . . نعم قد صارت المرأة من ذوات الحيض برؤيتها لدمه فاذا وجبت عليها عدة مسبقلة فانها تعد بالقروء لا بالاشهر .

(١) ظاهر الرواية من مذهب الحنفية أن الآية أن رأت الدم بعد ما بدأت عدتها بالاشهر تستأنف العدة بثلاث حيضات ، وهذا مبنى على أن الإياس لا يقدر له وقت معين بل يكون بغلبة ظن المرأة ، فإن رأت الدم بعد ذلك ظهر خطؤها في ظنها وتبين أنها ليست آيسة فتبطل عدتها بالاشهر وتعتد بالقروء . وغير ظاهر الرواية أن الآيسة أن رأت الدم لا تنتقل عدتها الى القروء ، وهذا مبنى على أن الإياس له وقت معين فاذا بلغته ثم رأت الدم بعده لا يكون دم حيض فلا تنتقل عدتها اليه .

المسألة الثانية - من كانت عدتها ثلاثة قروء لانها من ذوات الحيض اذا استمر نزول الدم عليها بدون انقطاع بحيث لا يمكن أن تميز أيام طهرها من أيام حيضها ، ولم تكن لها عادة معروفة ، أو كانت لها عادة فنسبتها ، زاد الجعفرية وكانت عادة أقربائها وأقربائها مختلفة (وهذه تعرف عند الفقهاء بالمتحيرة) عدتها على المفتى به من مذهب الحنفية سبعة أشهر من وقت الفرقة «١» . وعند الجعفرية وبعض الحنفية عدتها ثلاثة أشهر من وقت الفرقة ، وهذا هو الظاهر المعقول .

المسألة الثالثة - من كانت من ذوات الحيض فابتدأت عدتها وحاضت مرة أو مرتين ، ثم بلغت سن اليأس تتحول عدتها الى الأشهر وعليها أن تستأنفها بثلاثة أشهر كاملة «٢» . وقال الجعفرية : لو رأت المطلقة الحيض مرة ثم بلغت اليأس أكملت العدة بشهرين «٣» .

المسألة الرابعة - من كانت من ذوات الحيض بأن رأتها ولو مرة واحدة لمدة ثلاثة أيام (وهي أقل مدة الحيض) ثم انقطع عنها واستمر طهرها بعد ذلك لغير حمل ولا يأس (وهذه تعرف عند الفقهاء بممتدة الطهر) ، تعتبر من ذوات الاقراء ولا تنتهي عدتها الا بثلاث حيضات كوامل ، وليس لها ان تعتد بالأشهر لاحتمال عود الحيض اليها ، فان لم تحض فلا تنقضي عدتها الى أن تبلغ سن اليأس وحينئذ تتحول عدتها الى الأشهر ويلزمها تربص ثلاثة اشهر كاملة بعد بلوغها سن اليأس .

هذا مذهب الحنفية وهو ما عليه العمل الى الان في المحاكم السنية العراقية بالنسبة للعدة وما يتبعها من نفقة وميراث وغيرها .

(١) وذلك باحتساب ثلاث حيضات في شهر باعتبار أن أقصى مدة الحيض عشرة أيام ، واحتساب ثلاثة أطهار في ستة أشهر ، لكل طهر شهران ، اي اربعة امثال اقل مدة للطهر وهي خمسة عشر يوما احتياطاً ، فهذه سبعة أشهر .

(٢) فتح القدير ج٣ ص ٢٧٩ .

(٣) المختصر النافع ص ٢٢٤ .

م ٢١ الاحوال الشخصية

أما في مصر فقد رأى المشرع أن بعض النساء اتخذن من هذا الحكم طريقا لمكيدة الزوج وإبتزاز ماله ، فكان منهن من تدعى كذبا امتداد طهرها لتحصل من الزوج على نفقة عدتها المزعومة ولو الى بلوغها سن اليأس، وكانت تصدق في دعواها لان أمر الطهر والحيض لا يعرف الا من جهتها *** وأخيرا انتهى العمل في مصر الى ما جاء في المادة السابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهو أنه لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الارث بسبب الزوجية المطلقة توفي زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق .

*** وبهذا القانون تعتبر عدة المرأة سنة واحدة بالنسبة لحق النفقة وحق الميراث ، أما بالنسبة لواقع الامر وما ينبني عليه من حلها للزواج وعدم حلها ، فهذا أمر مرجعه الى المرأة وحدها ، وهى تصدق في حق نفسها بما تقول الا اذا ادعت أن عدتها انتهت وكانت المدة لا تحتل ذلك على ما عرفت من قبل .

أما الجعفرية فقد ذهبوا الى ان المرأة التى رأت الدم مرة أو مرتين بعد الطلاق وقبل انقضاء ثلاثة أشهر ثم ارتفع عنها وانقطع لمرض أو غيره ، ان تمت اقراؤها قبل انقضاء السنة ، أو تبين أن المانع الحمل ووضعه قبل انقضاء السنة فقد تمت عدتها والا فيجب عليها أن تكمل عدتها سنة كاملة من حين الطلاق ، ولا يلزمها التربص الى سن الاياس الذى هو ستون سنة فى القرشية وخمسون سنة فى غيرها (١) .

المسألة الخامسة — من طلقها زوجها وكانت عدتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر ثم مات عنها زوجها وهى فى العدة ، فهذه اما أن يكون طلاقها رجعيا ، واما ان يكون بائنا .

فان كان طلاقها رجعيا انهضت عدة الطلاق بوفاته وعليها ان تستأنف عدة

وفاة (أربعة أشهر وعشرة أيام) لان الطلاق الرجعي لا يزيل ملكا ولا حلا ، فزوجيتها أثناء العدة قائمة من كل وجه ، فتدخل تحت قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بانفسهن أربعة اشهر وعشرا) •

وان كان طلاقها بائنا أتمت عدة الطلاق ثلاثة قروء ، أو ثلاثة أشهر ، وليس عليها أن تستأنف عدة وفاة ، لان الطلاق البائن يزيل الملك ، فزوجيتها حين الموت لا وجود لها ، فلا تشملها الآية السابقة • هذا اذا لم يكن الزوج فارا بابائتها من ميراثها له ، فان تبين انه ابانها في مرض موته فرارا من ميراثها اليه ، ثم مات وهي في عدتها ورثته وكان عليها أن تعتد بأبعد الاجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق ، فان حاضت ثلاث حيضات قبل تمام أربعة أشهر وعشرة أيام فعدتها الى تمام هذه المدة ، وان اتمت أربعة أشهر وعشرة أيام ولم تحض ثلاث حيضات لزمها أن تترصد الى تمام الحيضة الثالثة ، وهذا هو مذهب أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعلة ما ذهب اليه أن المرأة بالنظر الى أنها مبانة ليست زوجة فعدتها عدة المطلقات ، وبالنظر الى انها وارثة تكون في حكم الزوجة فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام ، فعلا بالاعتبارين يلزمها أن تعتد بأبعد الاجلين ، واقل الاجلين داخل في أطولهما ، فصارت في واقع الامر معتدة عدة طلاق وعدة وفاة •

وذهب ابو يوسف والجعفرية الى انها تعتد عدة الطلاق فقط لانها بانت منه فلم تكن زوجة له حين مات ، واعتبار الزوجية قائمة في حق الميراث لا يلزم منه اعتبارها قائمة في حق العدة اقتصارا على موضع الضرورة •

٦ - حكم ما لو تزوج الرجل مطلقة في عدتها ثم طلقها :-

اذا تزوج رجل بامرأة ودخل بها ، ثم طلقها طلاقا رجعيا ، ثم راجعها في عدتها ودخل بها ، ثم طلقها مرة ثانية فعليها استئناف عدة بلا خلاف ، وكذا لو راجعها ولم يدخل بها ثم طلقها للمرة الثانية باتفاق الحنفية والجعفرية ، لان العدة الاولى قد انقضت بالرجعة •

واذا تزوج رجل بامرأة ودخل بها ، ثم طلقها طلاقاً بائناً دون الثلاث ، ثم تزوجها في عدتها ودخل بها ، ثم طلقها بعد ذلك ، كان عليها عدة مستأنفة ولها كل المهر باتفاق •

وان تزوجها في عدتها ولم يدخل بها ، ثم طلقها بعد ذلك ، فمذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ، وأصح ما نقل عن الجعفرية ان عليها عدة مستقبلية ، ولها كل المهر ، لان المرأة في يد الزوج حقيقة بالنكاح الاول الذي بقى أثره وهو العدة ، فاذا تزوجها للمرة الثانية وهي في العدة فقد تزوجها وهي تحت يده ، فينوب القبض الاول عن القبض الثاني المستحق بالنكاح الجديد ، فكانت لهذا مطلقة بعد الدخول فتستحق المهر كاملاً ، ويلزمها عدة مستقبلية •

وذهب محمد الى ان عليها اتمام العدة الاولى لا غير ، ولها نصف المهر ، لان الطلاق الثاني في حقيقة امره طلاق قبل الدخول ، والطلاق قبل الدخول ينصف المهر ولا يوجب عدة ، واكمل العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه لان الزوج في الحالين واحد ، فاذا طلقها ثانياً بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم وظهر حكم النكاح الاول فيلزمها اكمال عدته (١) •

وذهب زفر الى انه لا عدة عليها اصلاً ، لان العدة الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود ، والعدة الثانية لم تجب ، لانه لا عدة لمطلقة قبل الدخول ، ولا يلتفت لهذا المذهب لانه ظاهر الفساد ، والفتوى على ما ذهب اليه ابو حنيفة وابو يوسف والجعفرية ، وان كان رأي محمد اوضح مسلكاً واغوى دليلاً •

٧ - تداخل العدتين :-

قد يجب على المرأة عدة ، ثم تجب عليها عدة اخرى لسبب اخر ، وذلك

(١) انظر العنابة (هامش فتح القدير) ح ٣ ص ٢٨٨ •

كأمرأة معتدة من طلاق وطئت وهى فى عدتها بشبهة ، فانه يجب عليها عدة اخرى بسبب الوطء ، وهذه حكمها مختلف فيه بين الحنفية والجعفرية :

فمذهب الحنفية : انه تتدخل العدتان ، سواء أكانتا من رجل واحد أم من رجلين ، وسواء أكانتا من جنس واحد أم من جنسين مختلفين (١) •
ومذهب الجعفرية : أن كل موضع تجتمع فيه على المرأة عدتان فانهما لا تتداخلان بل تأتي بكل واحدة منهما على الكمال (٢) •

٨ — مبدأ العدة ونهايتها :—

اولا — مبدأ العدة :

مبدأ العدة يختلف باختلاف موجبها ، فان كانت الفرقة عن نكاح صحيح بموت ولوقبل الدخول ، أو بطلاق أو فسخ بعد الدخول فمبدؤها فور الفرقة ولا تتوقف على علم المرأة ، فمن مات زوجها اه طلقها فلم تعلم بذلك الا بعد مدة فعدها من حين الفرقة لا من حين العلم ، وعلى هذا فقد تبدأ عدة المرأة وتنتهى وهى لا تعلم بذلك •

والمفتى به — عند ظن التواطىء — انه اذا ثبتت الفرقة بحجة متعديّة كأن اقام الزوج بيّنة على انه طلقها من زمن كذا ، وقضى القاضى بذلك فالعدة تبدأ من الوقت الذى أسند اليه الطلاق • واذا ثبتت الفرقة بحجة قاصرة ، كأن أقر الزوج أنه طلقها من زمن كذا ولم يقيم بيّنة على ذلك فالعدة تبدأ من وقت اقراره لا من الوقت الذى اسند اليه الطلاق فقد يكون الزوجان متواطئين على ذلك ليثبت انتهاء عدتها وانها صارت اجنبية عنه فيصح اقراره لها بالدين حال مرضه ، وغير ذلك كثير من الاغراض التى لا تتحقق مع قيام الزوجية •

وان كانت الفرقة عن نكاح فاسد بعد الدخول فمبدؤها من وقت موته

(١) العنابة (هامش فتح القدير) ح ٣ ص ٢٨٣ •

(٢) مسائل الخلاف ح ٢ ص ١٢٢ — ١٢٣ •

مباشرة إن كان قد مات عنها قبل مفارقتها، والا فمن وقت تفريق القاضى بينهما او متاركنه لها ، وذلك، بان يصرح بعزمه على ترك وطئها .

وان كانت الفرقة عن وطئ بشبهة فمبدأ العدة من اخر الوطأت عند زوال الشبهة على استظهرة ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار حـ ٢ ص ٦٢٧ - ٦٢٨ - هذا مذهب الحنفية .

اما الجعفرية فمذهبهم ان مبدأ العدة بعد الطلاق او الفسخ فى النكاح الصحيح ، وبعد التفريق أو المتاركة فى النكاح الفاسد ، وبعد موت الزوج الحاضر مباشرة، وتنقضى العدة ولو لم تعلم المرأة بالطلاق او الفسخ او الموت واما العدة من وفاة الزوج الغائب فمن حين بلوغ الخبر . وفى وطئ الشبهة من حين الوطء لا من حين ارتفاع الشبهة .

قالوا : ولو اقر الزوج بطلاقها منذ زمان ماض ولم تقم على ذلك بينة قبل اقراره فى حق نفسه وترتب على ذلك اثاره بالنسبة له ، واما فى حقها وبالنسبة اليها فالعدة وسائر الآثار تعتبر من وقت الاقرار ان وقع فى حال يملك فيه الطلاق بان تكون طاهرة مستبرأة (١) .

ثانيا - منتهى العدة :

ومنتهى العدة يختلف باختلاف نوعها :

فاذا كانت العدة بالاشهر فانتهاؤها بغروب شمس اخر يوم منها مع مراعاة الخلاف السابق فى اعتبار الاشهر بالالهة او بالايام اذا ما وقعت الفرقة فى أثناء الشهر .

واذا كانت العدة بالقروء ، فعلى مذهب الحنفية الذين يفسرون القروء بالحيض ويقولون لابد من ثلاث حيضات كوامل ، تنتهى العدة بمجرد انقطاع دم الحيضة الثالثة ان انقطع لتسام عشرة ايام وهى اكثر مدة الحيض . وان

(١) انظر الاحكام الجعفرية ص ٨١ - ٨٢ ، ومسائل الخلاف حـ ٢ ص ١٢٠ - ١٢١ ، والاستبصار حـ ٣ ص ٣٥٣ وما بعدها .

انقطع لان من عشرة ايام فلا تنتهي العدة الا اذا اغتسلت ، او تيممت وصلت ،
او صارت الصلاة دينا في ذمتها •

ومن ادعت ان عدتها انقضت بثلاث حيضات كواامل صدقت في دعواها
اذا كانت المدة من وقت الفرقة الى نهاية الحيضة الثالثة تحتل ذلك • واقل
مدة تصدق فيها المرأة ستون يوما على ما ذهب اليه ابو حنيفة ، وهو المفتى
به ، أو تسعة وثلاثون يوما على ما ذهب اليه أبو يوسف ومحمد •

وعلى مذهب الجعفرية الذين يفسرون القrouw بالطهر ويعتبرون الطهر
الذي طلقت فيه من العدة ، تنتهي العدة بمجرد رؤية الدم من الحيضة الثالثة
بعد الفرقة • واقل مدة تصدق فيها المرأة اذا ادعت انقضاء عدتها بالاطهار
سنة وعشرون يوما ولحظتان ، وليست اللحظة الثانية من العدة بل هي امارة
الخروج منها (١) •

واذا كانت العدة بوضع الحمل فان كان توأمين او اكثر فنهاية عدتها
بوضع اخر التوأمين أو التوائم باتفاق الحنفية والجعفرية لان الحمل اسم
لجميع ما في البطن (٢) •

وان كان الحمل واحدا فنهاية عدتها بنزول اكثره عند الحنفية لان
للاكثر حكم الكل (٣) • وعند الجعفرية تنتهي بنزوله كله (على ما فهمته من
ظاهر عباراتهم) •

(١) المختصر النافع ص ٢٢٤ •

(٢) انظر البحر الرائق ح ٤ ص ١٣٥ ، ومسائل الخلاف ح ٢ ص ١٢٠ •

(٣) بنى الحنفية على هذا ان من طلقت رجعيا وهى حامل لو راجعها
زوجها قبل نزول اكثر الحمل صحت الرجعة ، ولو راجعها بعد نزول اكثره لا
تصح ، كما انه لو نزل حيا ورث ، ولو مات قبل نزول اكثره لا يرث ، واختلفوا
هل تحل للازواج بنزول اكثره او لا تحل الا بنزوله كله ؟ قولان ، ورجح العمل
بالثاني احتياطا - انظر البحر الرائق ح ٤ ص ١٣٥ •

٩ — ما يجب على المعتدة وما يجب لها :-

اولا - ما يجب عليها :

أ - القرار في بيت الزوجية :

يجب على المعتدة من طلاق او فسخ او وفاة بعد زواج صحيح ان تقضى زمن العدة في بيت الزوجية التي كانت تسكنه وقت الفرقة حتى لو كانت خارج البيت وقت وقوع الفرقة كان من واجبها ان تعود اليه فوراً ، وفي هذا يقول الله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) . وليس للمعتدة ان تنتقل الى مسكن اخر الا بعذر كخوفها على نفسها أو مالها ، وان وجد ما يدعو الى نقلها الى غير بيت الزوجية ، فان كانت معتدة وفاة وجب عليها ان تسكن في اقرب بيت الى بيت الزوجية وان كانت معتدة طلاق تسكن حيث يسكنها مطلقها .

وللمعتدة من وفاة ان تخرج لكسب نفقتها وقضاء حوائجها لانه ليس لها نفقة ولا زوج يقوم على شؤونها . وللمعتدة من طلاق او فسخ ان تخرج لمثل ما تخرج له الزوجة ، ولا تخرج لغير ذلك لان زوجها يقوم بشأنها فلا ضرورة تدعو لخروجها - هذا مذهب الحنفية .

اما الجعفرية فقد ذهبوا الى ان المعتدة من طلاق رجعي تعتد وجوبا في بيت الزوجية التي كانت تسكنه وقت الطلاق . ومعتدة الوفاة لا يجب عليها ذلك بل يستحب . ومن طلقت او مات عنها زوجها وهي في غير مسكن الزوجية عادت اليه فوراً ، ولا تتحول الى بيت اخر الا لعذر ، فان قام العذر تحولت معتدة الوفاة حيث شاءت ، وتحولت معتدة الطلاق الى حيث يشاء الزوج ، ولا تخرج معتدة الطلاق الرجعي من بيتها الا لضرورة ، وللمعتدة الوفاة الخروج لقضاء مصالحها . اما المعتدة من طلاق فلها ان تعتد حيث تشاء .

ب - الحداد :

ويجب على المعتدة من طلاق بائن ، او من وفاة بعد زوجية صحيحة ان تحد على زوجها مدة عدتها ، وذلك بان تترك الزينة بكل الوانها ، اظهارا

للأسف على ما فاتها من نعمة الزواج ، ولأن في ترك زينتها قطعاً الاطماع
لراغبين فيها وهى — كما عرفت من قبل — ممنوعة عن الزواج بل عن الخطبة
فى عدتها ، وفوق هذا فهو واجب خلقى من باب الوفاء لزوجها ، ثم هو بعد
هذا كله ادب محض يتمشى مع الطباع السليمة ، ولذا يقرر الفقهاء انه حق
للشرع ولا يملك احد اسقاطه ، حتى لو ان مطلقها نهاها عن الحداد ، او
اوصاها زوجها قبل وفاته بتركه ما كان لها ان تتركه .

اما المطلقة طلاقاً رجعيّاً فلا يجوز لها ان تحد ، بل يستحب لها ان تتزين
ماشاءت ، لان زوجيتها لا تزال قائمة ، وفى زينتها اغراء للزوج بمراجعتها .
وليس على صغيرة ، ولا كبيرة لا تعقل ، ولا على معتدة من طلاق فاسد
او ووطء بشبهة حداد — هذا مذهب الحنفية .

وذهب الجعفرية الى انه لا احداد الا على من مات عنها زوجها بعد
نكاح صحيح ، لان وفاته مدعاة لذلك . اما المعتدات لغير وفاة فلا وجه
لاحدادهن وبخاصة المعتدة من طلاق بائن ، لان زوجها هو الذى فارقتها
باختياره ، فلا معنى لان تكلف الأسف على فراقه بعد ما عافها وتحول عنها .
ثانياً — ما يجب لها :

ويجب للمعتدة النفقة باقسامها الثلاثة على تفصيل وخلاف سبق بيانه
فارجع اليه فى ص ١٩٨ وما بعدها من الكتاب .



« القسم الثالث »

« في : النسب وتوابعه »

« النسب وتوابعه »

« تمهيد »

حقيقة الأسرة تتكون من الزوج والزوجة والاولاد ، وسبق ان تكلمنا في القسم الاول من الكتاب عن العقد الذى يربط بين الزوجين وما يترتب عليه من حقوق لكل منهما قبل صاحبه ، ثم تكلمنا في القسم الثانى عن الفرق التى ترد على عقد الزواج وما يترتب عليها من اثار . وفى هذا القسم (الثالث) نتكلم عن الاولاد الذين هم ثمرة الزوجية ، وسنتناول الكلام عنهم من ناحية ثبوت نسبهم ، ثم من ناحية ما لهم من حق الرضاعة ، ثم من ناحية ما لهم من حق الحضانة ، ثم من ناحية ما لهم من حق النفقة ، وسنفرد لكل ناحية من هذه النواحي الرابع بابا على حدة ، وسنرى بعد ذلك كله ان الله لم يترك الأسرة هملا ، بل احاطها بعنايته ، وشملها برعايته ، وشرع لها من الاحكام ما فيه سعادتها وخيرها ، وبالتالي ما فيه سعادة الامة وخير المجتمع .

الباب الاول

« فى ثبوت النسب »

يثبت النسب بواحد من امور ثلاثة ١ - الفراش ٢ - الاقرار ٣ - البينة . وسنفرد لكل طريق من طرق الاثبات الثلاثة فصلا مستقلا .

الفصل الاول

« فى : ثبوت النسب بالفراش »

١ تعريف الفراش ٢ - حكمه ٣ - ما يبنى عليه ثبوت النسب بالفراش ٤ - ثبوت النسب فى الزواج الصحيح ٥ - ثبوت النسب فى الزواج الفاسد ٦ - ثبوت النسب فى الوطء بشبهة ٧ - ثبوت النسب فى الطلاق قبل الدخول ٨ - ثبوت النسب فى الطلاق بعد الدخول ٩ - ثبوت النسب بعد وفاة الزوج .

١ - تعريف الفراش :-

الفراش هو قيام الزوجية الصحيحة حين ابتداء الحمل ، ويلحق به الدخول بالمرأة بناءً على عقد فاسد او وطء بشبهة ، وعرفه بعض الفقهاء بأنه تعيين المرأة للولادة لشخص واحد (١) .

٢ - حكمه :-

وحكم الفراش ثبوت النسب من صاحبه وهو الزوج بدون حاجة الى اقرار او بينة ، وفي الوطء بشبهة لا يثبت النسب عند الحنفية الا اذا ادعاه ، وعند الجعفرية يثبت اذا اعترف بالوطء . اما الزنى فلا يثبت به النسب اذا ادعاه وصرح بأنه من الزنى ، فان ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنى ثبت النسب . والعلة في ثبوت النسب بالفراش دون توقف على اقرار أو بينة هي أن عقد الزواج يقتضى اختصاص الزوجة بزوجها ، فهي له وحده ، وليس لغيره ان يستمتع بها ، ونتيجة هذا انها ان جاءت بولد فهو من زوجها ، واحتمال علوقها بالولد من غيره احتمال غير مقبول لان الاصل حمل احوال الناس على الصلاح ، والظن لا يغنى من الحق شيئاً .

والعلة في ان الوطء بشبهة لا يثبت به نسب (عند الحنفية) الا اذا ادعاه الواطئ هي أن الشبهة التى ترتب عليها وطؤه لها أثبتت شبهة فراش ، وشبهة الفراش لا تكفى وحدها لثبوت النسب بل لا بد من ان تتقوى بدعواه .

(١) يلاحظ ان التعريف الاول لا يشمل فراش الامة ، والثانى يشمل . والفراش على ما ذكره ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار ح ٢ ص ٦٤٧ على اربع مراتب : ضعيف : وهو فراش الامة ، لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة ، ومتوسط : وهو فراش ام الولد فانه يثبت فيه بلا دعوة لكنه ينتفى بالنفى ، وقوى : وهو فراش المنكوحة ومعتدة الرجعى فانه لا ينتفى الا باللعان ، واقوى : كفراش معتدة البائن فان الولد لا ينتفى فيه اصلاً لان فيه متوقف على اللعان وشرط اللعان الزوجية .

والعلة في ان الزنى لا يثبت به نسب هي ان الزنى جريمة تستوجب
نقمة ، فكيف يثبت به النسب والنسب فضل من الله ونعمة ؟ •
والاصل فيما تقدم قوله عليه الصلاة والسلام (الولد للفراش
وللعاهر الحجر) (١) •

٣ - ما يبنى عليه ثبوت النسب بالفراش :-

وينبنى ثبوت النسب بالفراش على اصول ثلاثة وهي :

اولا - امكان حمل الزوجة من زوجها فلو كان الزوج صغيرا بحيث
لا يتصور ان تحمل منه زوجته لكونه دون البلوغ والمراهقة لا تعتبر
زوجيته فراشا يثبت به النسب باتفاق • ولو كان الزوج لم يلتق قط بزوجه
من حين العقد لا تعتبر زوجته فراشا يثبت به النسب عند الجعفرية ، وهذا ما
جرى عليه العمل في المحاكم المصرية ، لأنه مع ثبوت عدم التلاقى بين الرجل
وزوجه لا يتصور عادة ان يكون حملها منه ، وخالف الحنفية ، فقالوا
لو تزوج مشرقى بمغربية ولم يعرف أنهما تلاقيا قط ثم جاءت الزوجة بولد
ثبت نسبه من زوجها لوجود الفراش الصحيح ، وتصور امكان التقائهما
عقلا (٢) •

ثانيا ألا تأتي به الزوجة لأقل من ستة أشهر من وقت العقد في النكاح
الصحيح ، ومن وقت الوطء في النكاح الفاسد عند الحنفية ، ومن وقت الوطء
في كل من الصحيح والفاسد عند الجعفرية ، وذلك لأن أقل مدة الحمل
باتفاق ستة أشهر أخذنا من قوله تعالى في شأن المولود (•• وحمله وفصاله

(١) معنى الحديث ان الولد ينسب لصاحب الفراش وهو الزوج ، اما
العاهر وهو الزانى فلا حق له في الولد لو نازع فيه ، والعرب تقول لمن لم ينل
خيرا : بيده التراب ، او له الحجر ، ويجوز ان يكون معناه ان الزانى يرجم
بالحجارة حدا وجزاء له على جريمته ان كانت تستوجب الرجم •

(٢) راجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار ح ٢ ص ٦٤٧ ، وفتح
القدير ح ٣ ص ٣٠١ •

ثلاثون شهراً) مع قوله (.. وفصاله في عامين) لانه بعد طرح مدة الفصال (أى الفطام) وهى ثلاثون شهراً يبقى للحمل وحده ستة أشهر وهى أقل مدة يتم فيها تكامل خلق الجنين حتى يولد حياً •

ثالثاً — ألا تأتى به لأكثر من عامين من وقت العقد فى النكاح الصحيح ، ومن وقت الوطء فى الفاسد عند الحنفية لأن اقصى مدة للحمل عندهم سنتان • لما روى أن عائشة رضى الله عنها قالت : (لا يبقى الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل) قالوا وهذا قول ليس للرأى فيه مجال فلا بد من أن تكون قد سمعته من رسول الله صلى عليه وسلم • وعند الجعفرية ألا تأتى به لأكثر من تسعة أشهر ، أو عشرة ، أو سنة من حين الوطء فى كل من النكاح الصحيح والفاسد ، على ما روى عنهم من اقوال فى أكثر مدة الحمل (١) •

والمالكية قالوا : أكثر مدة الحمل خمس سنين ، والشافعية قالوا : أكثره أربع سنين ، وهو قول آخر للمالكية ، وهناك من قال : أكثره سبع سنين • والحق ان هذه تقديرات تقوم على ادعاء وقوع حالات بقى الحمل فيها الى نهاية هذه المدد ، وقد يكون هناك خطأ أو اشتباه •

ومهما يكن من خلاف فى أكثر مدة الحمل ، فاهل السنة والجعفرية متفقون على ان الحمل فى الغالب لا يزيد عن تسعة اشهر ، وهذا هو الذى يؤيده الواقع ، وقد قرر الاطباء ان اقصى مدة يثكنها الحمل فى بطن أمه هى سنة كاملة عدتها ٣٦٥ يوماً ، ومع هذا فلا يزال العمل فى المحاكم السنية العراقية الى يومنا هذا يجرى على مذهب الحنفية من ان اقصى مدة الحمل سنتان ، اما فى مصر فقد رأى المشرع ان الاخذ بمذهب الحنفية — وهو ان اقصى مدة الحمل سنتان — مكن اصحاب الذمم الفاسدة والضماير الخربة من ادعاء نسب اولاد لغير ابائهم ، ورأى ان تقدير الحنفية لاكثر مدة الحمل

(١) قال صاحب المختصر النافع فى ص ٢١٦ عن تقدير أكثر مدة الحمل بعشرة اشهر انه حسن ، وعن تقديره بسنة انه متروك •

وتقدير غيرهم ممن زادوا على مذهب الحنفية تقدير لا يستند الى دليل من الكتاب او السنة الصحيحة ، كما انه لا يتفق مع الواقع للمشاهد ، ولا مع ما قرره الاطباء — وهم اهل الذكر في هذا — راي المشرع المصرى هذا كله ، وراى ان ما قرره الاطباء قريب كل القرب من مذهب الجعفرية ومن مذهب محمد بن عبد الحكيم الذى يرى ان اقصى مدة للحمل سنة قمرية فنص فى المادة الخامسة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على انه (لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة اتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا اتت به لاكثر من سنة من وقت الطلاق او الوفاة) .

هذه هى الاصول الثلاثة التى يبنى عليها ثبوت النسب بالفراش وحده وعليها يمكن ان تفرع الاحكام الآتية .

أ — ثبوت النسب حال قيام الزواج الصحيح :—

اذا ولدت الزوجة حال قيام الزواج الصحيح ولدا لاقل من ستة اشهر (من وقت العقد عند الحنفية ، ومن وقت الدخول عند الجعفرية) لا يثبت نسبه من زوجها لوجود الحمل قبل العقد او قبل الدخول ييقين فلم تكن المرأة وقت العلوق به فراشا لزوجها حتى يثبت النسب . . ولكن اذا ادعاه الزوج ثبت نسبه بالدعوة لا بالفراش بشرط الا يصرح بكونه من الزنى ولو كانت الظواهر تكذبه عند الحنفية ، وعند الجعفرية بشرط الا يصرح بكونه من الزنى ، والا يعلم كذبه ، ويحمل ذلك على انه اتصل بها من قبل بناء على عقد سرى او شبهة ، تصحيحا لاقراءه ، وحملا لحاله على الصلاح ، وصونا للولد من الضياع .

واذا ولدته لستة اشهر فاكثر ثبت نسبه من زوجها اعترف به او سكت ، وليس له نفيه الا بشرطين (الاولهما) الا يكون منه اقرار سابق بنسبه ولو ضمنا (ثانيهما) ان يلاعن زوجته على نفى الولد ، وبعد الملاءنة يلحق الولد

بامه ولا يعتبر نسبه متصلا بالزوج الا في مسائل بينها في اللعان ، كما انه لا يلحق بغير الملاحن لو ادعاه ، لاحتمال ان يكذب الزوج نفسه ويعترف بنسبه على ما عرفت من قبل .

ب — ثبوت النسب حال قيام الزواج الفاسد :-

اذا ولدت الزوجة حال قيام الزوجية الفاسدة (أي قبل المتاركة) ولدا لاقل من ستة اشهر من وقت الدخول الحقيقي لا يثبت نسبه من الزوج (١) . واذا ولدته لسته اشهر فاكثر ثبت النسب ولا يمكن نفيه ، لان النفي لا يكون الا بالملاعنة ، ولا لعان في الزواج الفاسد .

واذا ولدته بعد المتاركة لاقل من سنتين من تاريخ الفرقة عند الحنفية ، ولاقل من تسعة اشهر او عشرة عند الجعفرية ثبت نسبه ما دامت قد جاءت به لسته اشهر من وقت الدخول الحقيقي . واذا ولدته لاكثر من ذلك لا يثبت النسب .

ج — ثبوت النسب بعد الوطء بشبهة :-

الشبهة ثلاثة أنواع :

١ — شبهة في الحكم ، ويقال لها شبهة في الملك ، وذلك كمن وطئ جارية ابنه وهو يرى حلها له ، اخذا بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام (انت ومالك لايبك) .

٢ — شبهة في العقد ، وذلك كمن عقد على امرأة ودخل بها ثم تبين له انها اخته من الرضاع .

٣ — شبهة في الفعل ، وذلك كمن دخل بامرأة زفت اليه على انها زوجته ثم تبين له انها غيرها .

(١) في حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٢ ص ٦٢٣ - ٦٢٤ ان احتساب مدة الحمل من وقت الدخول هو رأي محمد وهو المفتى به ، ورأى ابي حنيفة وابو يوسف ان مدة الحمل تحسب من وقت العقد قياسا على الصحيح ، قال : والمشايع افتوا بقول محمد لعدم صحة القياس المذكور .

فمن دخل بامرأة بناء عن شبهة من هذه الشبه فجاءت بولد لا يثبت نسبه منه الا اذا ادعاه ، ذلك لان الوطء عن شبهة يثبت شبهة الفراش لا غير ، وشبهة الفراش قاصرة عن ان يثبت بها وحدها نسب ، فاذا انضم اليها الدعوة تقوت وثبت النسب •

وذهب الجعفرية الى ان الموطوءة بشبهة ان جاءت بولد لستة اشهر او اكثر بحيث لا يزيد عن تسعة اشهر من حين الوطء يثبت نسبه من الواطيء بعد اعترافه بالوطء •

د - ثبوت النسب في الطلاق قبل الدخول :-

اذا ولدت المطلقة قبل الدخول ولدا لستة اشهر من وقت العقد ولاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه من زوجها لامكان الحمل به منه وقت الفراش • وان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت العقد، وبالضرورة لاقل منها من وقت الطلاق لا يثبت نسبه لتحقيق علوقها به قبل الفراش • وان جاءت به لستة اشهر من وقت الطلاق لا يثبت نسبه منه ، لانها مبانة وليس لها عدة حتى يقال لعله اتصل بها في عدتها لشبهة •

ويرى الجعفرية : انه لا يثبت نسب ولد المطلقة قبل الدخول ، لانه مع عدم الدخول لا يتصور كون الحمل منه •

هـ - ثبوت النسب في الطلاق بعد الدخول :-

المطلقة بعد الدخول اذا لم تقر بانقضاء عدتها وجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه من مطلقها ، رجعيًا كان الطلاق او بائنًا • وان جاءت به لسنتين فأكثر من وقت الطلاق فان كان الطلاق رجعيًا ثبت نسبه من مطلقها ايضًا ، ويحمل ذلك على ان زوجها خالطها في العدة ، ويكون بذلك قد راجعها ، وان كان الطلاق بائنًا فلا يثبت نسبه الا اذا ادعاه ، لان حملها به كان بعد زوال الفراش ، ويحمل ادعائه نسبه على انه خالطها بشبهة •

وقال الجعفرية : المطلقة بائنا أو رجعيا يثبت نسب ولدها من زوجها ان ولدته لتسعة اشهر ، أو لعشرة ، أو لسنة من حين لوطء ، ولو نفاه لاعتن ، وان ولدته لاكثر من ذلك اتنفى بغير لعان ولا يجوز له ان يلحقه بنفسه ، ولو ادعاه الحق به ان لم يعلم كذبه •

أما اذا أقرت المطلقة بعد الدخول بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لسنة أشهر فأكثر من وقت الاقرار فلا يثبت نسبه من زوجها سواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا لامكان أن يكون الحمل من غيره بعد العدة • وان ولدته لاقل من ستة اشهر من تاريخ اقرارها بانقضاء عدتها ثبت نسبه ، لانها وقت الاقرار بانتها العدة كانت حاملا يبين فتكون كاذبة في دعوى انقضاء العدة •

و — ثبوت النسب بعد وفاة الزوج : —

المتوفى عنها زوجها ان لم تقر بانقضاء عدتها بأن ادعت الحمل ثم جاءت بولد لاقل من سنتين من تاريخ الوفاة ثبت نسبه من زوجها لقيام الفراش حين علوقها به • وان جاءت به لسنتين فأكثر لا يثبت نسبه لتيقن علوقها به بعد الموت •

وان لم تدع حملا وأقرت بانقضاء عدتها بمضى أربعة أشهر وعشرة ايام ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت انقضاء عدتها الذي زعمت ثبت نسبه لامكان علوقها به قبل وفاته ، وتكون كاذبة في دعوى انقضاء عدتها • وان جاءت بولد لسنة اشهر فأكثر من وقت انقضاء عدتها فلا يثبت نسبه لامكان حملها من غير زوجها بعد العدة •

وقال الجعفرية : المتوفى عنها زوجها اذا جاءت بولد لتسعة اشهر من حين الوفاة او لعشرة او لسنة ثبت نسبه ، واذا جاءت به لاكثر من ذلك فلا يثبت نسبه ولا تقبل دعوى الورثة لو ادعوه •

الفصل الثانى

« فى : ثبوت النسب بالاقرار »

لاقرار بالنسب قسمان : اقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير ، واقرار فيه تحميل النسب على الغير •

اما القسم الاول وهو الاقرار الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير فانه لا يتوقف ثبوت النسب فيه من المقر على ثبوته من غيره بل يثبت أولا فى حق المقر ثم يسري منه الى غيره ، وذلك كالاقرار بالابوة أو البنوة ، وعلى هذا فاذا اقر رجل لعلام بانه ابنه ثبتت بنوته له ، وكان بينهما من الحقوق والواجبات ما يكون بين الآباء والابناء ، ولكن لا بد لثبوت نسب من شروط اربعة :

الشرط الاول - ان يكون المقر له مجهول النسب ، فلو كان معروف النسب لا يصح الاقرار لانه لا يصادف محلا ، ولا يعقل ان يكون للشخص الواحد ابوان ، والنسب الثابت من قبل لا يرتفع بمجرد الاقرار •

لشرط الثانى - ان يولد مثله لمثله ، فان تقاربت السن بحيث لا يعقل أن يكون المقر ابا للمقر له ، كأن كان عمر المقر ثلاثين سنة ، وعمر المقر له خمسا وعشرين فانه لا يثبت النسب لان الواقع يكذبه •

الشرط الثالث - أن يصدق المقر له المقر ان كان مميزا ، لان الاقرار فيه دعوى على الغير ، اذ المقر يدعى لنفسه الابوة ، ويدعى على المقر له البنوة ، والدعوى على الغير لا تثبت الا ببينة أو مصادقة • أما غير المميز فلا تشترط مصادقته لانه ليست له عبارة معتبرة شرعا ، فيكفى اقرار المقر ويعتبر المقر له مصادقا تقديرا ، لان مصلحته فى أن يكون ثابت النسب ، ولو كان مميزا ما وسعه الا ان يصادق •

وقال الجعفرية لا تشترط مصادقة من دون البلوغ ولو كان مميزا ، وتشترط مصادقة البالغ •

الشرط الرابع — الا يذكر انه ابنه من الزنى •

هذه هى الشروط التى لا بد من توافرها حتى تثبت البنوة بالاقرار ••
ولكن هل يلزم — اذا ثبتت البنوة — ان تكون أم هذا الولد زوجة للمقر ؟
قال الحنفية : لا يلزم لاحتمال ان يكون الولد ثمرة عقد فاسد ، أو
مخالطة بشبهة ، أو ان يكون ثمرة زوجية صحيحة قد انتهت ولم تعد
قائمة ، غير انهم قالوا : اذا مات المقر بالبنوة ، وكان الاقرار معتبرا شرعا ،
وكانت أمومة المرأة معروفة مستفيضة فادعت انها زوجة للميت حكم لها
بالزوجية ، وبالتالي حكم لها بالميراث ما لم يمنع منه مانع ، لان الظاهر ان
يكون الولد ثمرة نكاح صحيح اذ هو المتعين لذلك وضعا وعادة ، واحتمال
كون الولد ثمرة عقد فاسد أو وطء بشبهة احتمال ضعيف لا يلتفت اليه
فى مقابلة الظاهر لقوي ، واحتمال انتهاء زوجيتها لا يلتفت اليه
أيضا ، لانه اذا ثبت النكاح وجب الحكم ببقائه ما لم يتحقق زواله بيقين •
وقال الجعفرية : ان نازعها الورثة وقالوا انها لم تكن زوجة لا ترث ،
ولو صدقوها فى دعواها ورثت •

واذا أقرت امرأة بنوة غلام ثبتت بنوته بشروط ثلاثة أن يكون مجهول
النسب أي ليست له أم معروفة ، وان يولد مثله لمثلها ، وان يصدقها فى
اقرارها ان كان مميزا عند الحنفية ، وان كان بالغاً عند الجعفرية • هذا اذ
لم تكن زوجة ولا معتدة فان كانت زوجة او معتدة فلا بد من شرط رابع
وهو تصديق الزوج او البينة (١) • واذا ذكرت المرأة انه ابنها من سفاح

(١) اذا كان الفراش قائما فليس للزوج ان ينكر بنوة الغلام الذى اقرت
به زوجته ، واذا انكره ولم يكن منه اعتراف من قبل فلا ينتفى الا بالملاعنة
— واذا انكر الزوج الولادة حال قيام الزوجية فان كان الحبل ظاهرا بوضوح ،
او كان الزوج معترفا به من قبل ثبتت ولادتها بقولها ، واذا لم يكن بها حبل
ظاهر ولم يسبق من الزوج اعتراف بحبلها تثبت ولادتها بشهادة القابلة باتفاق
الحنفية • واذا كانت الزوجة معتدة من طلاق او من وفاة وادعت الولادة
فانكرها الزوج او الورثة فان كان حبلها ظاهرا بوضوح او كان من الزوج او

فلا يبطل اقرارها بنوته لها لان ولد الزنى يثبت نسبه من امه •

واذا قر شخص لرجل بانه ابوه او لامرأة بانها امه صح اقراره بشروط اربعة ، ان يكون المقر مجهول النسب ، وان يولد مثله لمثل المقر له ، وان يصدقه المقر له ، والا يقول — عند دعوى الابوة — انه ابوه من الزنى ، وفي دعوى الامومة لا يبطل اقراره ان قال انها امه جاءت به من سفاح •

واعلم ان من أقر بنسب شخص ثم انكر انه أقر فأقيمت بينة عاء اقراره ثبت اقراره بالبينة وحكم بالنسب بناءً عليه ولكن المشرع المصري نظر لتدليس بعض الناس فاتتهى الى أنه (لا تقبل دعوى بالاقرار الصادر قبل قيام الخصومة او بعدها ، ولا الشهادة به الا اذا كان صدوره امام قاض بمجلس القضاء ، او كان مكتوباً وعليه امضاء المقر أو ختمه ، أو وجدت كتابة تدل على صحته) •

هذا — ولا بد من ان تفرق هنا بين الاقرار بالبنوة والتبني ، فالاعقرار بالبنوة هو اعتراف لشخص مجهول النسب بانه ابنه حقيقة وأنه خلق من

من احد ورثته اعتراف بحبلها من قبل كفى لاثبات ولادتها شهادة القابلة ، واذا لم يكن بها حبل ظاهر ولم يكن منه أو من أحد الورثة اعتراف به فلا بد من شهادة كاملة رجلين او رجل وامرأتين عند ابي حنيفة لان النكاح قد انتهى بانتهاء العدة بالولادة فتكون أجنبية عن الزوج ، ودعوى ثبوت النسب من الاجنبى لا تثبت الا بينة كاملة . وقال أبو يوسف ومحمد تثبت الولادة بشهادة القابلة على اية حال لان النكاح اثاره باقية في عدة الطلاق والوفاة ، والزوجة حين ولدت لم تكن أجنبية عن زوجها وقد ولدت على فراشه فيكفى شهادة القابلة — واذا اعترف الزوج حال قيام الزوجية او العدة بالولادة ولكنه انكر ان يكون ما ادعته هو المولود بعينه/بان قال انها ادعت ولدا ذكرا وقد ولدت بنتا ، او قال ان الولد قد نزل ميتا وهي تدعى غيره ، فيكفى في تعيين المولود شهادة القابلة باتفاق الامام وصاحبيه ، وكذا الحكم فيما لو كان الخلاف بين الزوجة وورثة زوجها بعد وفاته — وذهب الجعفرية الى انه اذا لم يعترف الزوج او الورثة بالولادة او اعترفا بالولادة وانكرا ان يكون ما ادعته هو المولود بعينه فلا بد من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو اربع نسوة .

مائه ، وبإقراره هذا تثبت بنوة الولد له شرعا ، وتثبت بينهما كل الحقوق والواجبات التي تكون بين الوالد وولده كحق النفقة ، والأرث ، وحرمة المصاهرة ، وقد يكون مدعى البنوة كاذبا فيما بينه وبين نفسه ، وهو آثم بكذبه في دعواه لا شك ، ولكننا امرنا أن نأخذ بالظاهر والله يتولى السرائر .

وأما التبني فهو أن يستلحق شخص ولدا معروفا بالنسب لغيره ، أو مجهول النسب كاللقيط ، ويصرح بأنه يتخذه ولدا مع كونه ليس من صلبه ، وهذا هو ما كان عليه أهل الجاهلية ، فقد كان للمتبنين عندهم ما للولـد الحقيقي من كل ناحية فكانوا يورثونه ويرثونه ، ويحرمون زوجته على من تبناه فلما جاء الإسلام أبطل التبني ، وأبطل ما كانوا يرتبونه عليه من أحكام وبين أن المتبني أجنبى عن تبناه ، فقال عز وجل «... وما جعل أدياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل . ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيمًا » .

والإسلام حين يحرم التبني لا يحرم بحال ما أن يضم شخص إلى كنفه ورعايته يتيما أو لقيطا ليقوم بالاتفاق عليه ، وليتعهد بالتربية والتعليم حتى لا ينشأ عالة على الأمة وشرا على المجتمع ، وله أن يخصه بشيء من ماله على سبيل الهبة أو الوصية ، وهو إذ يفعل هذا محسن ولا شك ... ولكن ليس له أن يلحقه بنسبه ، ويدعوه إلى نفسه ، فهذه هي الجاهلية الجاهلاء والضلالة الحمقاء .

وأما القسم الثاني وهو الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير ، فإنه يتوقف فيه ثبوت النسب من المقر على ثبوته من غيره ، وذلك كالإقرار بالاخوة أو العمومة ، فلو أقر شخص بأن فلانا أخاه فلا تثبت أخوته له إلا إذا ثبتت أولا بنوة المقر له من أبي المقر .

ولو أقر شخص بأن فلانا عمه فلا تثبت عمومته إلا إذا أثبتت أولا بنوة

المقر له من جد المقر ، فأنت ترى أن النسب في هذا القسم محمول على غير المقر أولاً ، وهو الاب في الصورة الاولى والجدة في الصورة الثانية ، ثم يتعدى بعد ذلك الى المقر نفسه •

وحكم هذا الاقرار أنه لا يثبت النسب به وحده ، بل لا بد من تصديق من حمل عليه النسب أولاً وهو الاب أو الجدة فيما تقدم ، أو اقامة المقر البيعة على دعواه ، فإن تم ذلك ثبت — أولاً — نسب المقر له من الاب أو الجدة ، وبالتالي يثبت نسبه من المقر ، ويكون لكل حقه الشرعى الذي ينبني على ثبوت النسب •

أما إذا لم يصدق من حمل عليه النسب المقر فيما أقر به ولم تكن للمقر بيعة فإن النسب لا يثبت ، ولكن يعامل المقر باقراره ، ويلزمه وحده كل حق يتفرع عن هذا الاقرار ، لان الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا تعداه الى غيره وعلى هذا فإذا كان للمقر أب وأخوة وكان موسراً ، وكان المقر له مستحقاً للنفقة فإنها تفرض على المقر وحده دون الاب والاخوة •

وإذا مات المقر وليس له وارث أخذ المقر له كل التركة لا بطريق الميراث ، ولكن يعتبر ذلك بمثابة الوصية للاجنبي بكل التركة (١) •

وإذا مات المقر وترك زوجة فقط أخذت نصيبها وهو الربع ، والباقي يأخذه المقر له •

وإذا مات أبو المقر عنه وحده شاركه المقر له في التركة ، فإن كان المقر له ذكراً فالتركة مناصفة بينهما ، وإن كان المقر له أنثى كان للمقر الثلثان وللمقر له الثلث ، لان الانثى في الميراث على النصف من نصيب الذكر •

وإذا مات أبو المقر عنه وعن أخ له ثابت نسبه من أبيه الميت فعند الحنفية وهو يقول للجعفرية — يكون للاخ غير المقر النصف ، والنصف الثاني يقسم بالسوية بين المقر والمقر له فيكون لكل منهما الربع • والقول الصحيح عند

الجعفرية ، أنه يعطي الاخ غير المقر النصف ، ويعطى المقر الثلث ، ويعطي المقر له السدس (١) وبهذا قال ابن أبي ليلى (٢) .

الفصل الثالث

((في : ثبوت النسب بالبينة))

إذا ادعى شخص بنوة شخص ، أو أبوته ، أو أخوته ، أو عمومته ، أو أي نوع من أنواع القرابة ، وانكر المدعى عليه فلمدعى ان يقيم البينة على دعواه ، فإن أقامها ثبتت له القرابة التي ادعاها ، وثبتت له كل الحقوق والاحكام التي تبنى على هذه القرابة . ولا بد من ان تكون البينة كاملة ، وهي عند الحنفية رجلا ن عدلان ، أو رجل وامرأتان ، وعند الجعفرية رجلا ن عدلان ، وتكفى الاستفاضة ، ولا تقبل شهادة رجل وامرأتين عدول .

ثم ان دعوى النسب التي تقام عليها البينة لا تأخذ حكما واحدا في كل حالاتها ، بل يختلف الحكم تبعا لنوع القرابة التي يراد اثباتها ، وتبعا لكون القريب الذي يراد اثبات قرابته حيا أو ميتا وقت الدعوة :

فإذا كانت الدعوة بأبوة أو بنوة ، وكان الاب أو الابن المدعى عليه حيا تسمع الدعوى مجردة عن ان تكون ضمن حق آخر ، ويجري الاثبات على النسب قصدا واستقلالاً .

وإذا كانت الدعوة بأبوة أو بنوة وكان الاب أو الابن المدعى عليه ميتا فلا تسمع دعوى الابوة أو البنوة على سبيل الاستقلال ، لانها دعوى على الميت وهو غائب ، والدعوى على الغائب لا تسمع .

أما اذا كانت دعوى الابوة أو البنوة ضمن دعوى بحق آخر كالميراث فانها تقبل ، لان الانتساب الى الميت ليس مقصودا أصليا ، وانما المقصود الاصيلي هو الحق المترتب على ثبوت النسب ، واثبات النسب وسيلة لاثبات

(١) الاحكام الجعفرية ص ٩١ .

(٢) واقعات المفتين ص ١٨٨ .

الحق المتنازع فيه ، فموضوع الخصومة هو الحق المترتب على ثبوت النسب ،
والخصم هو كل من له أو عليه حق في التركة كالورثة والوصى والدائن
والمدين •

وإذا كانت الدعوة بالاخوة أو العمومة فلا تسمع الدعوة على سبيل
الاستقلال حيا كان المدعى عليه أو ميتا ، لان في دعوى الاخوة أو العمومة
تحميل النسب على الغير وهو الاب أو الجد وكلاهما غائب والدعوى على
الغائب لا تسمع • أما اذا كانت دعوى الاخوة أو العمومة ضمن دعوى بحق
آخر كالميراث أو النفقة فانها تقبل حيا كان المدعى عليه أو ميتا ، لان النسب
هذا ليس مقصودا أصليا ، وإنما المقصود الاصلى هو الحق المترتب على ثبوت
النسب ، فكان موضوع الخصومة هو حق الميراث أو النفقة ، والخصم للمدعى
هو كل من ينازعه في هذا الحق ممن لهم أو عليهم حق في التركة • هذا مذهب
الحنفية •

أما الجعفرية فقد ذهبوا الى أنه يمكن اثبات دعوى الابوة والبنوة
مقصودة بدون أن تكون في ضمن دعوى حق آخر معها سواء أكان الاب أو
الابن المدعى عليه حيا أو نائبه أم كان ميتا ، وكذلك دعوى الاخوة والعمومة
وغيرهما تثبت بالبينة وان لم تكن في ضمن دعوى حق على الوارث أو الوصى
أو غيرهما ، لان هذه الدعوى تتضمن دعوى لوازمها فلا تكون عبثا ، وحيث
لم يكن للمدعى خصم فلا يجب على الحاكم سماعها لكنه لو سمعها تترتب
الآثار (١) •

فصل

((في : اللقيط واحكامه))

(١) تعريفه (٢) حكم التقاطه (٣) أحق الناس بامساكه (٤) مركزه من الحرية والاسلام (٥) الولاية عليه (٦) نسبه •

١ - تعريف اللقيط :

اللقيط مولود حي طرحه أهله خوفا من العيلة ، أو فرارا من تهمة الزنى ، أو لغير ذلك •

وهو عند الجعفرية : كل صبي أو مجنون ضائع لا كافل له ، ولا يقدر على دفع المهلكات عن نفسه ، ولا يختص بمن نبذه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنى (١) •

٢ - حكم التقاطه :-

والتقاط اللقيط مندوب اذا لم يغلب على الظن ضياعه ، فان غلب على الظن ضياعه ، كان واجبا • ومضيع اللقيط آثم ، ومحرزه غانم ، لانه أحيا نفسا كانت على شرف الهلاك • ويحرم طرح اللقيط بعد التقاطه •

٣ - أحق الناس بامساك اللقيط :-

وأحق الناس بامساك اللقيط من التقطه ، وليس لحاكم أو لغيره ان يأخذه منه جبرا الا اذا كان هناك ما يدعو لذلك كأن يكون الملتقط غير أهل لحفظه ورعايته •

واذا كان الملتقط أكثر من واحد فأحقهم بامساكه أرجحهم باسلام ، أو حرية ، أو قدرة على الحفظ ، وعند استوائهم فالرأي للقاضي يضعه حيث يرى ، وقال الجعفرية اذا استووا أقرع بينهم •

٤ - مركز اللقيط من الحرية والاسلام :-

(١) المختصر النافع ص ٢٦٣ ، والاحكام الجعفرية ص ٩٢ •

واللقيط حر ولو كان ملتقطه عبداً ، لان الاصل في الانسان الحرية . ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه ، لانه حر ظاهرا الا أن يقيم البينة على دعواه .

واللقيط مسلم الا اذا وجد في قرية او محلة لاهل الذمة وكان ملتقطه ذميا فانه يكون على دين ملتقطه .

وقال الجعفرية : اللقيط في دار الاسلام حر ، وفي دار الشرك رق ، وهو مسلم ولو كان ملتقطه ذميا ووجد في مقر اهل الذمة .

واذا وجد اللقيط في مصر من امصار المسلمين ، أو في قرية من قراهم فادعى ذمى أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما باتفاق الحنفية والجعفرية (١) .

٥ - الولاية على اللقيط :-

والولاية على اللقيط في نفسه وماله تكون للحاكم وحده ، وليس للملتقط ولا لغيره ولاية عليه في ذلك ، فمن التقط لقيطا ووجد معه مالا كان المال ملك اللقيط ، وكان على الملتقط أن يحافظ عليه ، وليس له ان ينفق منه عليه الا باذن من القاضي ، وما ينفقه بغير اذنه يكون متبرعا به الا اذا أشهد أنه سيرجع به عليه . وقال الجعفرية اذا اتفق الملتقط من مال نفسه مع امكان الاستعانة على النفقة بالحاكم او المسلمين كان متبرعا ، واذا تعذر الرجوع الى الحاكم والاستعانة بالمسلمين فأثفق من مال نفسه عليه رجع عليه بعد يساره اذا نوى الرجوع .

واذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من ينفق عليه فنفقته في بيت مال المسلمين ، واذا مات ولم يعرف وراث فتركته لبيت مال المسلمين .

وللملتقط على اللقيط ولاية التربية والحفاة عليه وعلى ماله ، وله شراء مالا بد له من شرائه كطعام وكسوة ، ويقبض ما يوهب له أو يتصدق به عليه .

(١) ذكر في بدائع الصنائع ج٦ ص ١٩٩ ان هذا الحكم فيما لو اقر الذمى انه ابنه ولا بينة له ، فان اقام البينة على البنوة ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه .

ويوجهه الي طلب العلم اولا فان لم تكن له قابلية وجهه الى تعلم حرفة يتكسب منها ، وله أن ينقله الى حيث شاء ما لم يلحقه ضرر من ذلك ، وبالجمله هو أمانة في يده ، وعليه أن يقوم نحوه بما فيه خيره وصلاحه •

٦ - نسب اللقيط :-

ومن ادعى نسب اللقيط ثبت نسبه منه بدون حاجة الى بينة سواء أكان مدعى نسبه هو الملتقط أم كان المدعى غيره •

واذا ادعاه الملتقط وغيره رجح الملتقط الا اذا أقام غير الملتقط بينة على دعواه •

واذا ادعاه اثنان ليس احدهما الملتقط رجح أسبقهما ادعاء الا اذا أقام المتأخر البينة ، واذا ادعياه معا في وقت واحد رجح من أقام البينة •

واذا لم تكن لهما بينة أو أقامها كل منهما رجح من ذكر فيه علامة مميزة لان ذكره للعلامة أمانة على أن له يدا سابقة • واذا تساويا ولا مرجح لاحدهما فلا تلغى دعوى النسب ، بل يحكم بنسبه لكل منهما محافظة عليه من الضياع وان كان في الواقع ليس ابنا لهما جميعا ، ويجب له عليهما ما يجب على الآباء نحو الابناء ، وله حق الارث من كل منهما وذلك كله معاملة للمقر باقراره •

وعند الجعفرية : اذا استوى المدعيان حجة أقرع بينهما ، ويثبت نسبه لمن خرجت عليه القرعة ، ولا ترجيح عندهم بذكر علامة مميزة لاحتمال ان يكون قد ذكرها عن مشاهدة او سماع لا عن سبق يد كما يقول الحنفية •

ولو ادعت اللقيط امرأة ذات زوج ، فان صدقها زوجها أو شهدت له القابلة أو أقامت البينة صحت دعوتها والا لا لما في ذلك من تحميل النسب على الغير • وان لم يكن لها زوج فلا بد من شهادة كاملة رجلين او رجل وامرأتين ، بخلاف دعوى الرجل فانها تقبل بلا بينة ، لان في قبولها دفع العار عن اللقيط حيث ينسب الى أب معروف ، وليس ذلك في دعوى المرأة (١) •

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٣ ص ٣٢٥ •

وقال الجعفرية : اذا ادعت اللقيط امرأة ذات زوج فان صدقها أو أقامت البينة على ولادتها صحت دعوتها وثبت نسبه منها ومن زوجها ، وان لم تكن ذات زوج ، أو لم يصدقها زوجها ولا بينة لها الحق بها خاصة (١) •

هذا - وينبغي أن يعلم أن الحر والعبد ، والمسلم والكافر في دعوى النسب سواء ولا مزية لاحدهما على الآخر عند استوائهما حجة وهذا مذهب الجعفرية (٢) • وقال الحنفية اذا استويا حجة فالحر في دعوى اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي ترجيحاً لما هو الاظهر في حقه (٣) •

الباب الثاني

« في : الرضاع »

الكلام عن الرضاع يتناول ناحيتين مختلفتين (الأولى) ناحية كونه حقاً للطفل (والثانية) ناحية كونه سبباً من اسباب تحريم النكاح ، وسنفرد لكل من الناحيتين فصلاً مستقلاً يتناول البحث فيه ما يتعلق بكل ناحية من أحكام وتشريعات •

الفصل الاول

« في : الرضاع الذي هو حق الطفل »

(١) من يجب عليه الرضاع (٢) متى يجب على الام ؟ (٣) الاجرة عليه •

١ - من الذي يجب عليه الرضاع ؟ :-

من المقرر شرعاً أن نفقة الصغير الفقير تجب على أبيه وحده ، والرضاع من قبيل النفقة ، فهو اذا واجب على الاب نحو طفله ، على معنى أنه مكلف شرعاً بتهيئة أسبابه من اعداد الموضع ودفع اجرة الرضاعة •

(١) الاحكام الجعفرية ص ٩٤ مادة ٣٦٣ •

(٢) مسائل الخلاف ج ٢ ص ١٢ •

(٣) الهداية مع شرحها (فتح القدير) ج ٤ ص ٤٢١ •

أما الام فلا يجب عليها ارضاع طفلها قضاء وان كان يجب عليها ديانة ، فإن امتنعت عن ارضاعه بغير عذر فلا تجبر عليه الا في حالات نذكرها فيما بعد ، وتكون آثمة فيما بينها وبين الله ، وعلى الوالد حينئذ أن يستأجر للطفل مرضعا ترضعه ، وتكون ملزمة بارضاعه في المدة المتفق عليها وفي المكان المتفق عليه ، فان لم ينص على مكان ارضاعه لزمها أن ترضعه في بيت حاضنة أما كانت الحاضنة أو غير أم ، وذلك حتى لا يفوت عليها حقها في الحضانة . وان انتهت المدة المتفق عليها وكان الطفل لا يقبل غير ثديها أجبرت على مد مدة الرضاعة حتى يقبل على ثدي غيرها أو يستغنى عن الرضاعة ، ولها على هذه المدة الزائدة عن العقد أجر المثل .

وليس للاب ان يعطي الطفل لغير امه ان ترضعه اذا رضيت الام بارضاعه لانها أحق به من الاجنبية ، وهذا ما لم يكن غير الام متعينا أو أولى بارضاعه من الام (١) .

٢ - متى يجب على الام ارضاع طفلها ؟ -

ويجب على الام ارضاع طفلها وتجبر عليه في الحالات الثلاث الآتية :
الحالة الاولى - اذا لم يكن للطفل ولا لاييه مال يستأجر به مرضعا ، ولم يكن هناك متبرعة بارضاعه .

الحالة الثانية - اذا لم يوجد من ترضعه غير امه .

الحالة الثالثة - اذا لم يقبل الطفل غير ثدي امه .

ففي هذه الحالات الثلاث تكون الام متعينة لارضاع طفلها ، وتجبر عليه قضاء حتى لا يتعرض للهلاك .

(١) يتعين غير الام لارضاع الطفل اذا كان لا يقبل ثدي امه ويقبل ثدي غيرها ، او كانت الام مريضة مرضا معديا يخشى منه على الطفل ، او كان لبنها يضر الطفل ولا يصلح له ، ونحو ذلك كثير ، وتكون الاجنبية أولى من الام فيما لو كانت متبرعة والام تطلب اجرة ، او كانت الاجنبية تطلب اجرا اقل مما تطلب الام .

٢ - أجره الرضاع :-

للمرضع اما أن تكون اجنبية أي ليست أما للرضيع ولو كانت ذات رحم محرم له كعمته وخالته ، واما ان تكون اما له • فان كانت أجنبية استحققت أجره على ارضاعه ، وجاز استئجارها لذلك مدة معلومة على قدر من المال معلوم ، وهذا باتفاق الحنفية والجعفرية •

وان كانت أما ، فان كانت زوجيتها لوالد الطفل قائمة ، أو كانت معتدته من طلاق رجعي فلا تستحق على الارضاع اجرة سواء أرضعته مجبرة أو مختارة ، وذلك لقيام زوجيتها ووجوب الارضاع عليها ديانة ، وما هو واجب عليها لا تستحق عليه أجره • وأيضا فان الذي ينفق عليها حال قيام زوجيتها وحال العدة هو والد طفلها ، فاذا أوجبنا لها عليه أجره الرضاعة كانت بذلك جامعة بين تفقتين في وقت واحد ، وليس من حقها أن تجمع بين تفقتين وان تعدد السبب •

وان كانت الام معتدة من طلاق بائن من أبى الطفل ، فالفتى به من مذهب الحنفية أنها لا تستحق الاجرة اكفاء بما تأخذه من نفقة العدة ، وفي قول آخر رجحه بعض فقهاء الحنفية أنها تستحق الاجرة لانقطاع زوجيتها بالطلاق البائن •

وان كانت الام مطلقة بائنا او رجعيًا من أبيه وانقضت عدتها فانها تستحق الاجرة قولاً واحداً ، لانه بعد العدة انقطعت زوجيتها بالكلية وارتفعت نفقتها فتستحق الاجرة ، وفي هذا يقول الله تعالى في شأن المطلقات

« ... وان كن اولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن » •

ومذهب الجعفرية : الى ان الام تستحق اجرة ارضاع طفلها حال قيام الزوجية ، وحال العدة من طلاق رجعي او بائن ، وبعد انقضاء العدة ، وللاب ان يستأجرها لارضاع طفلها منه في كل هذه الحالات •

هذا - وينبغي ان نبه الى المسائل الاتية :

المسألة الاولى — ذا استحققت الام اجرة على ارضاع طفلها ، وتمسكت بحقها ، وكانت هناك اجنبية تقبل ارضاعه بلا اجرة او باجرة اقل مما تطلب الام ، فالاجنبية احق بارضاعه من امه لقوله تعالى (.. لا تضار والدته بولدها ولا مولود له بولده) ولقوله (.. ون تعاشرتم فسترضع له اخرى) (١) وعلى الاجنبية في هذه الحالة ان ترضعه في بيت الام ان طلبت الام ذلك حتى لا يفوت عليها حقها في الحضانة .

وقال الجعفرية : لا يجب ارضاعه في بيت الام بل يسقط حقها في الحضانة من غير ان تمنع عنه .

المسألة الثانية — اذا كانت الام تستحق اجرة على ارضاع طفلها فارضعته قبل الاتفاق عليها ، فانها تاخذ اجرة ما ارضعت ، اجرة المثل ، وذلك لان الله سبحانه رتب استحقاقها الاجرة على الارضاع بصرف النظر عن كونه بعد الاتفاق أو قبله حيث قال (فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن) . واقبال الام على ارضاع طفلها قبل عقد استئجارها لارضاعه ليس دليلا على انها متبرعة لانها اقبلت على ارضاعه بدافع من فرط شفقتها عليه وان كانت تريد الاجرة ، اذ ليس من المعقول ان تراه يتلوى جوعا وتتركه بدون ارضاع حتى يتم استئجارها .

أما غير الام فانها لا تستحق اجرة على ارضاعها الطفل قبل استئجارها ، لانه ليس عندها شفقة الام التي تحملها على الارضاع قبل الاتفاق ، فلا يتصور الا ان تكون متبرعة .

المسألة الثالثة — لا تستحق الام اجرة رضاع لاكثر من سنتين باتفاق الحنفية والجعفرية ، حتى ولو زاد رضاع الطفل عن ذلك ، لان الشارع جعل تمام الرضاع بتمام حولين حيث قال (والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة) .

(١) انظر تفسير الجصاص ج ٣ ص ٤٦٣ .

المسألة الرابعة — اذا كان للطفل مال فأجرة رضاعه من ماله ولو كان الاب موسرا ، لانها من قبيل النفقة ، وثقة الصغير الموسر من ماله لا من مال ابيه .

المسألة الخامسة — كل موضع تجب فيه اجرة الرضاع تكون ديناً صحيحاً لا يسقط الا بالاداء او الابرء ، ولا يسقط بموت الرضيع ، ولا بموت الابوين او احدهما ، وللمستحقة للأجرة اما او غيرها ان تصالح عليها بما تشاء .

الفصل الثاني

« في : الرضاع الموجب لحرمة النكاح »

١ — تعريف الرضاع ٢ — حكمه ٣ — مدته ٤ — المقدار المحرم منه
٥ — حكم لبن الرضاع المخلوط بغيره ٦ — لبن الفحل ٧ — ما يثبت به الرضاع .

١ — تعريف الرضاع :-

الرضاع شرعاً : هو مص الطفل اللبن من ثدى امرأة في مدة معينة ، ويلحق بالمص — عند الحنفية — ايصال اللبن الى جوف الطفل عن طريق الفم او الانف باناء ونحوه .

وايصال اللبن الى جوف الطفل بواسطة حقنه ، ووصوله اليه لا عن طريق الفم والانف كالامة والجائفة لا تثبت به حرمة على الظاهر من مذهب الحنفية .

والرضاع عند الجعفرية لا يتحقق الا اذا كان عن طريق امتصاص الطفل ثدى المرضع ، وعليه فاذا اوجر اللبن في حلقه ، او سعط به ، او حقن فانه لا ينشر الحرمة (١) .

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ ومسائل الخلاف ح ٢ ص ١٢٧ .
(٢٣م الاحوال الشخصية)

٢ - حكمه :-

واذا تحقق الرضاع الشرعى اوجب حرمة النكاح ، وصارت المرزعة بالنسبة للرضيع اما من الرضاع ، وصار زوجها الذى نزل لبنها بسببه له ابا ، واولادها اخوة واختها خالة .. وهكذا .

ورضاع الكبير لا ينشر الحرمة ، وكذا رضاع الصغير بعد مدة الرضاع المقررة شرعا ، وكذا لا تثبت حرمة بين طفلين اجتماعا على غير ثدي ادمية .

ولبن الادمية مطلقا ينشر الحرمة عند الحنفية ، فلبن الثيب ، ولبن البكر ، ولبن المتزوجة ، ولبن الموطوء بشبهة ، ولبن المزنى بها ، ولبن الميتة اثر موتها ، لبن كل هؤلاء ينشر الحرمة ، لا طلاق النص المحرم ، ولان اللبن سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية .

وقال الجعفرية : لا بد أن يكون اللبن عن نكاح صحيح أو فاسد او وطء بشبهة ، فلو در لبن المرأة لاعن سبب ، او كان عن زنى فانه لا ينشر الحرمة (١) ، ولبن المرأة اثر موتها لا ينشر الحرمة ولو ارتضع أكثر الرضعات حال الحياة . وتامها بعد الوفاة (٢) .

هذا - وقد ذكرنا فى فصل المحرمات من النساء : أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة ، وذكرنا الاصناف الثمانية التى تحرم بسبب الرضاع ، وبيننا أدلة التحريم من الكتاب والسنة والاجماع ، ووضحنا ان هناك مسائل مستثناة من العموم المستفاد من القاعدة (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة) ، ثم عقبنا هذا كله ببيان حكمة التحريم بسبب الرضاة فأرجع الى ص ٨٠ وما بعدها من الكتاب .

٣ - مدة الرضاع :-

ذهب الامام مالك ، والشافعى ، وأحمد . وأبو يوسف . ومحمد .

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ .

(٢) مسائل الخلاف ح ٢ ص ١٢٧ .

والجعفرية الى أن مدة الرضاع الذي يتعلق به التحريم سنتان من وقت ولادة الطفل (١) ، فكل رضاع في هذه المدة ينشر الحرمة ، حتى لو أن صبيا فطم واستغنى بالطعام عن اللبن قبل مرور عامين ، ثم عاد الى الرضاعة قبل انتهائهما فانه يعتبر رضاعه بعد الفطام وقبل تمام الحولين ناشرا للحرمة أيضا (٢) .

ودليل هوءلاء على الحولين أقصى المدة هو قوله تعالى « ... وفصاله في عامين » وقوله « والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فقد جعل التمام بهما ، ولا مزيد على التمام (٣) ، وأيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحرم من الرضاع الا ما كان في الحولين » .
 وذهب أبو حنيفة الى أن مدة الرضاع الذي يتعلق به التحريم ثلاثون شهرا ، ومن أدلته على ذلك قوله تعالى « والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ... الى أن قال فان أرادا فصلا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما » فقوله فان أرادا فصلا الى آخره يفيد ان للابوين الخيار في فطام الطفل عقيب تمام الحولين ، فان شاء فطماه عند تمامهما لاستغنائه عن الرضاعة ، وان شاء أبقياه على الرضاعة — ان كان لم يستغن — مدة يتدرج فيها لتحويل غذائه من اللبن الى غيره ، والمدة التي تكفي لذلك هي ستة أشهر ، لانها كفت لتحويل غذائه من دم أمه وهو جنين الى لبنها بعد وضعه لستة أشهر .

(١) ذكر صاحب المختصر النافع في ص ١٩٩ : أن مدة الحولين تراعى في المرتضع دون ولد المرضعة على الأصح .
 هذا — وقد روى عن مالك أن المدة سنتان وشهر ، وفي رواية أخرى سنتان وشهران ، وفي رواية ثالثة مادام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه .

(٢) في رواية عن ابي حنيفة انه اذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفى بغير اللبن لا تثبت الحرمة اذا عاد ورضع في المدة وهو غير ظاهر الرواية والفتوى على انه تثبت الحرمة . انظر فتح القدير ح ٣ ص ٨ .
 (٣) فتح القدير ح ٣ ص ٥ .

ولا يعكر على أبي حنيفة قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن
حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) لانه يحمل الآية على أقصى المدة التي
تستحق فيها الام أجره الرضاعة ، لا على أقصى مدة الرضاع التي تستوجب
الحرمة .

وذهب زفر الى ان مدة الرضاع الذي يتعلق به التحريم هي ثلاث
سنوات ، واستدل بما استدل به ابو حنيفة ، الا أنه جعل المدة اللازمة لتحول
غذاء الطفل من اللبن الى غيره سنة بعد الحولين ، قال الكمال بن الهمام :
والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة (١) .
وهناك أقوال أخرى غير ما تقدم ، أغربها وأبعدها عن الصواب أن
الرضاع في أي سن ينشر الحرمة .

والذي نرجحه ونختاره هو القول الاول ، لانه أقوى حجة وأبين دليلا ،
وأدلة مخالفه على ما ذهبوا اليه أدلة فيها مقال .

٤ - القدر المحرم من الرضاع :-

اختلف الفقهاء في القدر المحرم من الرضاع على أقوال كثيرة أشهرها
ما يلي :

ذهب الحنفية والمالكية الى ان قليل الرضاع وكثيره محرم ، فالمصة
الواحدة تكفي لنشر الحرمة (٢) ، ودليلهم على هذا قوله تعالى (..وامهاتكم
اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وقوله عليه الصلاة والسلام (يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب) حيث جاء لفظ الرضاع في كل من الآية
والحديث مطلقا عن التقييد بكونه كثيرا أو قليلا ، والمطلق يبقى على اطلاقه
حتى يثبت ما يقيده ، ولم يثبت عندهم ما يقيد الاطلاق المذكور .

(١) فتح القدير ح ٣ ص ٥ .

(٢) يشترط في الرضاع المحرم أن يكون محققا ، فان ادخلت امرأة حلمة
ثديها في فم الصغير وشكت في رضاعه لا تثبت به حرمة ، لان الحل هو الاصل
ولا يزول بالشك .

وأيضا فقد صح من رواية البخاري وغيره ، أن رجلا تزوج امرأة فجاءت أمة سوداء فذكرت أنها أرضعتها ، فأمر الرسول زوج المرأة أن يدعها دون أن يسأل عن عدد الرضعات ، ولو كان التحريم منوطا بقدر معين وعدد معين لتحرى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك قبل أن يأمر بالمشاركة .

وذهب الشافعية والحنابلة في الراجح من مذهبه إلى أن القدر المحرم خمس رضعات مشبعات في خمسة أوقات متفاصلة عرفا ، ودليلهم على ذلك ما روى عن السيدة عائشة رضي الله عنها ، قالت : « كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم ، ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن » .

وأيضا فإن علة التحريم هو كون الارضاع ينبت لحم الصغير وينشز عظمه ، ولا يكون ذلك — على الأقل — إلا برضاعه يوما كاملا ، وذلك لا يقل عن خمس رضعات .

وذهب الجعفرية إلى أن القدر المحرم هو ما أنبت اللحم وشد العظم ، أو ارضاع يوم وليلة ، أو خمس عشرة رضعة بشرط ألا يفصل بين الرضعات في الاحوال الثلاث برضاع امرأة أخرى وأن يكون اللبن لفحل واحد ، وفي قول يثبت التحريم بعشر رضعات متوالية ، وهو غير المشهور في المذهب .

وحد الرضعة عند الجعفرية — ما يروى به الصبي دون المصاة واستدلوا لمذهبه فقالوا : إن الأصل عديم التحريم ، وما ذكرناه مجمع عليه أنه يحرم ، وما قاله المخالف ليس عليه دليل ، وأيضا اجماع الفرقة إلا من شذ منهم ممن لا يعتد بقوله ، وما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال (الرضاعة من المجاعة) يعني ما سد الجوعة ، وقوله (الرضاع ما أنبت اللحم وشد العظم) ، وما ورد من قول عائشة (كان مما أنزل الله في القرآن عشر عشر رضعات معلومات يحرم من ...) قالوا : وقولها بعد ذلك (ثم نسخن بخمس معلومات ... الخ) قولها هي ، ولا خلاف في أنه لا يقبل قول

الراوي أنه نسخ كذا لكذا الا أن يبين ما نسخه لينظر فيه هل هو نسخ
اولا (١) .

وهناك أقوال غير ما تقدم ، والذي نرجحه هو مذهب الحنفية لانه
مذهب الجمهور الاعظم من الصحابة والتابعين ، ولان علة التحريم التي أجمع
عليها الفقهاء هي انبات اللحم وانشاز العظم الذي يجعل الرضيع بمثابة الجزء
من المرضع ، ولا شك أن هذا لا يكون بمصة واحدة كما أنه لا يتوقف على
أن تكون الرضعات خمسا ، أو عشرا ، أو خمس عشرة . بل قد يتحقق انبات
اللحم وانشاز العظم برضعة واحدة مشبعة ، ومعنى هذا أن شبهة البعضية
الحاصلة بنشوز العظم وانبات اللحم وهي علة التحريم أمر خفي غير منضبط ،
ومن المقرر عند الاصوليين أن علة الحكم اذا لم تكن ظاهرة منضبطة ربط
الحكم بما هو مظنه لتلك العلة مما هو ظاهر منضبط ، وهو فيما معنا مطلق
الرضاع الصادق بمصة واحدة قد يكون لها دخل في تكوين جسم الرضيع ،
ونظير هذا المسافر يقصر الصلاة لعله هي المشقة ، والمشقة أمر لا ينضبط
لاختلافها باختلاف الاشخاص والاسفار ، فلذا ربط الحكم شرعا بمظنة العلة
وهي سفر المسافر المعينة المنضبطة المقدرة بثلاثة أيام بلياليها .

٥ — حكم لبن الرضاع المخلوط بغيره :—

إذا خلط لبن المرأة بغيره فاما ان يخلط بلبن امرأة أخرى ، واما ان
يخلط بسائل غيره كماء ودواء ولبن شاة ، واما ان يخلط بجامد مطعوم ،
ولكل حالة حكمها :

فإذا خلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى تعلق التحريم بالغالب منهما
وحده ، وعند التساوي يتعلق التحريم بهما ، وهذا مذهب أبي يوسف ، وهو
مروى عن ابي حنيفة . وقال محمد — وهو رواية أخرى عن ابي حنيفة —
ان التحريم يتعلق بهما معا لا فرق بين غالب ومغلوب ، وذلك لان لبن المرأتين

(١) الاحكام الجعفرية ص ٩٧ ، والمختصر النافع ص ١٩٩ ، ومسائل
الخلاف ح ٢ ص ١٢٦ — ١٢٧ .

من جنس واحد ، وعند اتحاد الجنس لا يتلاشى احدهما في الآخر لاتحاد المقصود منهما ، وهذا الرأي أظهر مما ذهب اليه أبو يوسف وأرجح •

وإذا خلط لبن امرأة بسائل كالماء والدواء ولبن الحيوان فالعبرة بالغلبة فان كان لبن المرأة غالبا تعلق به التحريم ، وان كان مغلوبا لا يتعلق به التحريم (١) ، لانه مع اختلاف الجنس يتلاشى الاقل في الاكثر - وهذا الحكم باتفاق فقهاء الحنفية •

وإذا خلط لبن امرأة بجامد مطعوم ، فان طبخ على النار فلا يتعلق به تحريم - باتفاق الحنفية - غالبا كان اللبن أو مغلوبا ، لان الطبخ بالنار أخرج اللبن عن طبعه • وان لم يطبخ بالنار فلا يتعلق به تحريم أيضا عند أبي حنيفة ، غالبا كان اللبن أو مغلوبا ، لان الطعام وان قل يسلب قوة اللبن فلا تقع الكفاية به في تغذية الصبي ، فكان اللبن مغلوبا معنى وان كان غالبا صورة • وعند غلبة الطعام الامر واضح • وقال أبو يوسف ومحمد اذا لم يطبخ على النار فالعبرة بالغالب ، والحاق المغلوب بالعدم أصل في الشرع •

وإذا جعل لبن المرأة مخيضا ، أو رائبا ، أو جبنا ، أو أقطا ، أو نحو ذلك فلا يتعلق به تحريم باتفاق فقهاء الحنفية ، لان اسم الرضاع لا يقع على تناول هذه الاشياء ، وهي مع ذلك لا تنبت احما ولا تنشز عظما ، ولا تكفي غذاء للصبي (٢) •

وإذا علمت أن مذهب الجعفرية لا يرى الرضاع المحرم الا ما كان عن طريق التقام ثدى المرضع علمت بالضرورة أن كل هذه الصور التي ذكرها فقهاء الاحناف لا تكون رضاعا ، ولا يترتب عليها تحريم •

(١) تعتبر الغلبة بالاجزاء اذا خلط لبن المرأة بلبن حيوان او بماء ، وتعتبر بتغير اللون والطعم اذا خلط بنحو دواء ، وقيل يكفي في اعتبار الغلبة تغير أحدهما •

(٢) انظر بدائع الصنائع ح ٤ ص ٩ ، ١٠ •

٦ - حكم لبن الفحل :-

المراد بالفحل هنا هو صاحب اللبن ، أي من در لبن المرأة بسببه ، فمن دخل بامرأة بناءً عن عقد صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة فجاءت منه بولد ودر لها لبن كان ذلك الرجل هو صاحب اللبن •

إذا عرفت هذا فهل تثبت بهذا اللبن حرمة بين الرضيع وصاحب اللبن وهو زوج المرضع مثلاً ، أو لا تثبت ؟ خلاف :

ذهب بعض الصحابة وبعض التابعين - وهو رأي ضعيف عند الشافعية - إلى أن لبن الفحل لا ينشر الحرمة بينه وبين الرضيع ، فمن أرضعت طفلة حل لزوجها صاحب اللبن أن يتزوج من هذه الطفلة ، أو من إحدى أصولها أو فروعها ، وحجتهم على ذلك أن الحرمة التي تكون بين الولد وامه رضاعاً سببها أن لبن المرضعة كان له دخل في تكوين جسم الولد حتى صار بمثابة الجزء منها ، وهذا المعنى لا وجود له في جانب الرجل حتى تكون بينه وبين الرضيع حرمة •

وذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين ، وأصحاب المذاهب الأربعة ، والجعفرية إلى أن لبن الفحل ينشر الحرمة بين الرضيع وزوج مرضعته الذي كان سبباً في در لبنها ، فمن أرضعت بنتاً لبنها الذي در بسبب زوجها كان زوجها أباً لهذه البنت رضاعاً فتحرم عليه وعلى أصوله وفروعه ، وحجة أصحاب هذا الرأي ما صح من أن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علي أفلح (وكانت عائشة قد رضعته من امرأة أخيه أبي القعيس) فاستترت منه ، فقال استترين مني وأنا عمك ؟ قلت : من أين ؟ قال : أرضعتك امرأة أخي ، قلت إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل ، فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثته فقال : انه عمك فليج عليك •

فهذا الحديث يدل دلالة صريحة على أن لبن الفحل ينشر الحرمة بينه وبين الرضيع ، كما ينشرها بين الرضيع ومن أرضعته ، وقد افتى ابن عباس

بهذا حين سئل عن رجل له امرأتان ، فأرضعت هذه غلاما ، وهذه جارية ، هل يصلح للغلام ان يتزوج الجارية ؟ ، فقال : لا ، اللقاح واحد •

•• ولكن مع اتفاق الحنفية والجعفرية على أن لبن الفحل ينشر الحرمة نجدهم — أحيانا — يختلفون في التطبيق ، فالجعفرية يغلبون جانب الفحل على جانب المرأة ، ويشترطون للتحريم بين الرضيعين أن يكون صاحب اللبن الذي رضعاه واحدا ، وفرعوا أحكامهم على هذا فقالوا : يحرم الصبيان يرتضعان بلبن فحل واحد ولو اختلفت المرضعتان ، ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن فحل آخر وان اتحدت المرضعة (١) •

والحنفية لا يغلبون جانب الفحل على جانب المرأة ، ولا يشترطون للتحريم بين الرضيعين أن يكون صاحب اللبن الذي رضعاه واحدا ، وفرعوا أحكامهم على هذا فقانوا : لو رضع غلام وجارية من امرأة واحدة ، غير أن الغلام رضع من لبنها لرجل ، والجارية رضعت من لبنها لرجل آخر ، فانه لا يحل زواج الغلام من الجارية ، لانهما أخوين من الرضاعة لام ، ونظير هذا من النسب لا يحل والرسول عليه الصلاة والسلام يقول (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) •

وحرم الجعفرية على المرتضع أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا ، وأولاد المرضعة ولادة لا رضاعا (٢) • وعند الحنفية يحرم على المرتضع أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا ، وأولاد المرضعة ولادة ورضاعا أيضا •

وحرم الجعفرية على أبي المرتضع نسا أن يتزوج من اولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا ، لانهم في حكم ولده (٣) • وأباح الحنفية ذلك ، لان أبا المرتضع نسا اجنبى عن اولاد صاحب اللبن بالكلية •

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ •

(٢) المختصر النافع ص ١٩٩ ، وانظر الاحكام الجعفرية ص ٩٧ مادة ٣٧٦

(٣) المختصر النافع ص ١٩٩ •

وحرّم الجعفرية على صاحب اللبن أن يتزوج اخت المرتضع بلبنه مطلقا
أي ولو كانت لم ترتضع بلبنه، لأن اخوة المرتضع صاروا بمنزلة اولاده (١) .
واباح الحنفية لصاحب اللبن أن يتزوج من اخت المرتضع ما دامت لم ترضع
من لبنه ولم تكن محرمة عليه لسبب آخر ، وذلك لأنه اجنبى عنها وليس ابا
لها لا من الرضاع ولا من النسب .

٧ - ما يثبت به الرضاع :-

يثبت الرضاع بواحد من أمرين: الاقرار، او البينة . واليك البيان :

أولا - الاقرار :

إذا أقر شخص بثبوت الرضاع المحرم بينه وبين امرأة ، كأن قال هي
اختي من الرضاع فاما ان تصدقه المرأة في اقراره واما ان تكذبه، فان صدقته
وكان ذلك قبل الزواج منها ثبتت الحرمة بتصادقهما ، ولا يحل لهما أن
يتزوجا بحال ، وان كان بعد زواجهما وجب أن يتفرقا والا فرق القاضى
بينهما ، وكذلك الحكم فيما لو أقرت المرأة وصادقها الرجل .

وإذا أقر الرجل وكذبت المرأة ، فان ثبت الرجل على اقراره وكان لم
يعقد عليها لا يحل له ان يعقد عليها ، وان كان بعد العقد وجب عليه ان
يفارقها والا فرق القاضى بينهما ، وان أقر ورجع عن اقراره جاز له أن يعقد
عليها ان كان اقراره ورجوعه قبل العقد، وان كان قد عقد عليها فأقر بالرضاع
المحرم ثم رجع عنه بقى العقد على حاله ، وذلك لان أمر الرضاع مما يخفى
فيغتنر فيه التناقض ، فلعله أقر أولا بالرضاع عن اخبار أفاده ظنا ، ثم يتبين
لم كذب المخبر .

وإذا أقرت المرأة وكذبها الرجل فان كان ذلك قبل الزواج واصرت
على اقرارها فلا يحل لها أن تتزوج منه ، وان رجعت عن اقرارها حل لها ذلك
لما قلناه من أن التناقض في أمر الرضاع مغتفر ، وان كان اقرارها بعد

الزواج بقى الزواج على حاله ، ولا يلتفت لاقرارها مهما أصرت عليه ما دام الزوج يكذبها ، لانها متهمة فى هذا الاقرار ، فلعلها أقرت بذلك كذبا وزورا لتتمكن من الخلاص من زوجها بادعائها الرضاع الذى يحرمها عليه ، وهذا بخلاف اقرار الرجل بعد العقد فانه يقبل ولو كذبت المرأة لانه يملك الخلاص منها بطلاقها فلا يكون متهما مثلها ، ولهذا لو كان أمر الطلاق بيد المرأة صدقت فى اقرارها لعدم التهمة •

ثانيا - البينة :

ويثبت الرضاع بشهادة كاملة وهي رجلان عدلان ، أو رجل وامرأتان عدول ، ولا يثبت بشهادة النساء وحدهن ، وهذا باتفاق الحنفية والجعفرية . ولا يشترط لصحة الشهادة تقدم الدعوى لتضمنها حق الله ، وعلى هذا فلو ادعى شخص على زوجين أنهما أخوين من الرضاع وأقام البينة على ذلك ، أو قامت البينة دون سبق دعوى ثبتت أخوتهما وفرق القاضى بينهما •

وانما اشترطنا أن تكون البينة كاملة ، لان دعوى الرضاع المحرم تتضمن ابطال حق الغير ، وكل دعوى تتضمن ابطال حق الغير لا بد لثبوتها — عند الانكار — من بينة كاملة ، ومما يشهد لهذا أن عمر بن الخطاب أتى بامرأة شهدت على رجل وامرأته أنها أرضعتهم فقال : لا حتى يشهد رجلان ، أو رجل وامرأتان ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد منهم عليه •

بقى بعد هذا أنه قد يشهد على الرضاع من لا يبلغون نصاب الشهادة كرجل واحد أو رجل وامرأة ، أو امرأتين ، أو امرأة واحدة ، وقد يشهد من يبلغون نصاب الشهادة ولكنهم غير عدول ، فهل ترد هذه الشهادة بالكلية ولا يلتفت إليها أصلا ، أو تقبل ويلتفت إليها الى حد ما ؟

الفقه فى هذه المسألة أن هذه الشهادة — مع الانكار — لا يلتفت إليها من ناحية القضاء ، ولا يبنى عليها تفريق بين زوجين لقصور البينة عن اثبات دعوى الرضاع •

أما من ناحية الديانة ، فانه يؤخذ بهذه الشهادة وعلى الزوجين أن يفترقا تنزها وتورعا عن شبهة أورثتها شهادة قاصرة ، وقد تكون صادقة في الواقع ونفس الامر ، وموضوع الزواج اولى أن يؤخذ فيه بالاحوط ، ومما يشهد لهذا ما رواه البخاري وغيره عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت ابي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : قد ارضعتكما ، قال : فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فأعرض عني ، قال : فتنحيت فذكرت ذلك له ، فقال : كيف وقد زعمت أنها قد أَرْضَعْتَكُمَا فنهاه عنها ، وفي رواية قال له : دعها عنك •

فأعرض النبي صلى الله عليه وسلم عن السائل اول الامر يفيد ان شهادة المرأة لا تحتم الفرقة أو التفريق ، والا لفرق الرسول بينهما بمجرد ذكر عقبة له خبر الامة ولم يعرض عنه اذ الاعراض — كما يقول الكمال بن الهمام — قد يترتب عليه ترك السائل المسألة بعد ذلك ، ففيه تقرير على المحرم •

وقول النبي صلى الله عليه وسلم لعقبة بعد ما أعاد عليه المسألة (كيف وقد زعمت) يفيد أنه كره له أن يبقى معها بعد ما ذكر من امر الرضاة ، ومعنى هذا أن عليه أن يتركها تنزها واحتياطا ، وليس معناه الحكم الملزم للترك • وقد نقل عن علي رضي الله عنه ما يشهد لهذا ، فقد ورد أن رجلا تزوج امرأة فجاءت امرأة تزعم أنها ارضعتهما فسأل الرجل عليا فقال له : هي امرأتك ليس لاحد أن يحرمها عليك فان تنزهت فهو أفضل ، وسأل ابن عباس عن ذلك أيضا فقال له مثل ما قال علي رضي الله عنه (١) •

(١) راجع بدائع الصنائع ح ٤ ص ١٤ ، ١٥ ، وفتح القدير ح ٣ ص

١٩ ، ٢٠ ، وواقعات المفتين ص ٢٧ ، ٢٨ •

الباب الثالث

« في : الحضانة »

- ١ - تعريفها ٢ - من له حق الحضانة ٣ - شروط أهلية الحضانة
- ٤ - الحضانة حق الطفل وحق الحاضنة ٥ - مكان الحضانة ٦ - الاجرة عليها ٧ - مدتها ٨ - ما بعد الحضانة :

١ - تعريف الحضانة :-

لحضانة لغة : ضم الشيء الى الحضان وهو الجنب^(١)، تقول حضنت الشيء واحتضنته اذا ضمته الى جنبك ، وحضنت الام ولدها اذا اضمته الى جنبها او صدرها •

وشرعا : لتزام الطفل للقيام على تربيته واصلاح شأنه ممن له حق تربيته في سن معينة لا يستطيع أن يستقل فيها بشأن نفسه •

٢ - من له حق الحضانة :-

الطفل في أول أدوار حياته بحاجة ماسة الى من يقوم باعداد طعامه ، وتهئية ملبسه ، وتعهده في يقظته ونومه ، وتدير ما يحتاج اليه في شأنه كله • وأقدر الناس وأصبرهم على هذه المهمة النساء لما جبلن عليه من عطف وشفقة ، وأصلح النساء قياما بتربية الطفل وأخلصهن عناية بشأنه أمه ، لان الام بطبيعتها أحنى على وليدها وأشفق ، وأرحم به وأرفق ، وهذه حقيقة لا يشك فيها عاقل ، ولا يمارى فيها الا مكابر ، ولهذا قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقضى أصحابه من بعده بأن الام أحق بولدها ما لم يكن هناك مانع ، فقد روى أن امرأة قالت : يا رسول الله ، ان ابني هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرتى له حواء ، وتديني له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه منى ، فقال عليه السلام : أنت أحق به ما لم تتزوجي ^(٢) •

(١) جاء في القاموس : الحضان بالكسر مادون الابط الى الكشح أو الصدر والعضدان وما بينهما وجانب الشيء وناحيته •

(٢) الهداية (بأصل فتح القدير) ح ٣ ص ٣١٤ •

وروى ابن ابى شيبية عن عمر : أنه طلق أم عاصم ، ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذ منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا الى أبى بكر ، فقال له : مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبى فيختار لنفسه ، وفي رواية أخرى : ريقها خير له من شهد وعسل عندك عند ياعم ، قاله والصحابة حاضرون متوافرون (١) .

فاذا لم تكن للصغير أم بأن ماتت ، أو كانت له أم ولكنها ليست أهلا لحضاته ، انتقلت حضاته الى محارمه من النساء الاقرب فالاقرب ، فأُم الام — أولا — ون علت ، ثم أم الاب وان علت ، ثم الاخت الشقيقة ، ثم الاخت لام ، ثم الاخت لاب ، ثم بنت الاخت الشقيقة ، ثم بنت الاخت لام ، ثم الخالة الشقيقة ، ثم الخالة لام ، ثم الخالة لاب ، ثم بنت لاخت لاب ثم بنت الاخ الشقيق ، ثم بنت الاخ لام ، ثم بنت الاخ لاب ، ثم العمة الشقيقة ، ثم لعمة لام ، ثم العمة لاب ، ثم خالات الام ، ثم خالات الاب ، ثم عمات الام ، ثم عمات الاب ، بتقديم الشقيقة ، ثم التى لام ، ثم التى لاب .

فان لم توجد واحدة من محارمه ، أو وجدت ولكنها ليست أهلا للحضانة انتقلت حضاته الى عصبته من الرجال مطلقا ان كان الطفل ذكرا ، والى عصبته من الرجال المحارم ان كان الطفل انثى ، ويرتبون على حسب تربيتهم فى الميراث فالاب أولا ، ثم الجد أبو الاب وان علا ، ثم الاخ الشقيق ، ثم الاخ الاب ، ثم ابن الاخ الشقيق ، ثم ابن الاب لاب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لام ، ثم عم الاب لاب ، ثم يلي هؤلاء بالنسبة للذكر خاصة ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لاب ، وليس لواحد من هذين حضانة ابنة عمه ، لانه لو حضنها لبقيت عنده الى ان تبلغ حد المراهقة ، وحينئذ تكون بعرض الوقوع فى الفتنة (٢) .

(١) فتح القدير ح ٣ ص ٣١٤ .

(٢) اذا لم تكن للصغيرة الا ابن عمها تخير لها القاضى ما يراه صالحا ، فان كان ابن عمها صالحا مأمونا ضمها اليه ، والا فعليه أن يسلمها لامراة ثقة مأمونة .

فان لم يوجد عاصب مطلقا بالنسبة للطفل الذكر ، ولا عاصب محرم بالنسبة للأنثى ، او وجد ولكنه ليس أهلا للحضانة ، انتقلت حضانة الطفل الى محارمه من الرجال غير العصبه وهم ذوو الارحام ، ويبدأ بالاقرب فالاقرب ، فالجد أبو الام أولا ، ثم الاخ لام ، ثم ابن الاخ لام ، ثم العم لام ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لاب ، ثم الخال لام .

فان لم يوجد محرم من ذوي رحمه انتقلت حضائته الى أقربائه من غير المحارم مع مراعاة ألا يكون للرجال حق في حضانة الاناث ، ولا للاناث حق في حضانة الذكور ، لما ذكرناه من خشية الفتنة .

والخلاصة : ان الحضانة تكون للمحارم من النساء أولا ، ثم للعصبه من الرجال مطلقا بالنسبة للذكر ، وبقيده كونه محرما بالنسبة للأنثى ، ثم للمحارم من ذوي الارحام ، ثم لذوي الارحام غير المحارم .

واذا لم يوجد للصغير أو الصغيرة من يقوم بحضائته من أقربائه تخير القاضي له من يثق بأماته وصلاحه ووضعه عنده رجلا كان المتخير أو امرأة . ثم انه اذا وجد أكثر من مستحق للحضانة من الرجال أو من النساء وكانوا جميعا في درجة واحدة وقوة واحدة كثلاثة أعمام أشقاء ، أو ثلاث أخوات لام ، قدم أصلحهم لتربية الطفل ، فان تساوا في الصلاح فأورعهم ، فان تساوا فيه أيضا فأسنهم ، لان الاسن في العادة أكثر تجربة وأعرف بما فيه خير الصغير (١) .

واذا كان للصغير أخوان أحدهما مسلم ، والآخر كتابي على دين الصغير فأحقهما بحضائته من هو على دينه — هذا مذهب الحنفية .

وذهب الجعفرية الى أن الام أحق بحضانة الولد الذكر مدة الرضاع ، واذا انقضت مدة الرضاع فالاب أحق به ، فان مات الاب أو كان غير أهل للحضانة فالام أحق به من الوصي . والام أحق بالبت الى سبع سنين وبعدها

يكون الاب أحق بها (١) ، فإذا ماتت الام أو لم تكن أهلا للحضانة ينتقل حقها الى الاب ، فإن لم يكن أو كان ليس أهلا للحضانة فلجدات الصغير واجداده واخوته وأخوانه ، ويقدم الجد للاب على غيره ، وتقدم الاخت الشقيقة على الاخت لاب ، ثم لاولاد الاخوة والاختوات بتقديم بنت الاخ والاخت للابوين عليها لاب ، ثم لخالات الصغير وأخواله وعماته وأعمامه ، وتقدم الخالة والعمة لابوين على الخالة والعمة لاب ، ثم لاولاد الاعمام والاخوال ثم لخالة الام وخالة الاب وعمتها وعمته وهكذا .

وإذا لم يوجد محرم مستحق للحضانة أو وجد من ليس أهلا لها يسلم الطفل لذي رحم غير محرم كبنات العم والعمة والخال والخالة فإن لم يكن أرحام فيدفع الى الوصى ، فإن لم يكن وصى فعلى الحاكم أن يسلمه الى ثقة (٢) . وإذا تساوى المستحقون للحضانة في درجة واحدة ، وكانوا جميعا أهلا لها يقرع بينهم ، ولا يراعى الترجيح بكون أحدهم أروع أو أكبر سنا ، وفي قول تقدم الانثى ويقرع بين المتساوين في الذكورة والانوثة (٣) .

٣ - شروط أهلية الحضانة :-

ولا يثبت حق الحضانة لواحدة من محارم الصغير أما كانت أو غير أم الا اذا كانت أهلا للحضانة ، وذلك بتوفر الشروط الآتية :

(١) قال في مسائل الخلاف ح ٢ ص ١٣٢ : اذا بانث المرأة من الرجل ولها ولد منه فان كان طفلا لا يميز فهي أحق به بلا خلاف ، وان كان طفلا يميز وهو اذا بلغ سبع سنين أو ثمان سنين فما فوقها الى حد البلوغ فان كان ذكرا فالاب أحق به ، وان كان انثى فالام أحق بها ما لم تتزوج ، فان تزوجت فالاب أحق بها .

(٢) يراجع في هذه المسألة الاحكام الجعفرية المواد ٣٨٤، ٣٨٦، ٣٩١ ص ٩٩ وما بعدها ، وانظر مسائل الحضانة في باب النفقات من كتاب مسائل الخلاف ح ٢ ص ١٣٢ - ١٣٣ فقد جاء في المسألة رقم ٤١ أن الاخت من الاب أولى بالحضانة من الاخت لام ، وفي المسألة رقم ٤٢ أن الجدات أولى بالولد من الاختوات ، وذكر في المسألة رقم ٤٧ أن العمة والخالة اذا اجتمعتا تساويتا وأقرع بينهما ، وفي المسألة رقم ٤٩ أن أم الاب والجد متساويان .

(٣) الاحكام الجعفرية ص ١٠٠ مادة (٣٨٥) .

- ١ — أن تكون حرة ، لان الامة تشغل بخدمة سيدها عن خدمة الصغير .
٢ — أن تكون بالغة ، لان من دون البلوغ بحاجة الى من يقوم بشأنها فكيف تقوم بشأن غيرها ؟ .
٣ — أن تكون عاقلة ، لان غير لعاقلة لا تؤمن على الصغير ويخشى عليه منها .

(٤) أن تكون قادرة على تربيته وتدير مصالحه ، فلو كانت عاجزة عن ذلك لنحو عمى أو مرض أو شيخوخة فلا تكون أهلا للحضانة .

(٥) أن تكون أمينة على الصغير ، فان كانت فاسقة مستهترة بحيث يخشى منها على خلق الصغير ، أو كانت تكثر الخروج من البيت لاي سبب بحيث يؤدي ذلك الى اهماله وضياعه فلا تكون أهلا لحضاته .

(٦) أن تكون غير متزوجة ، أو متزوجة من ذي رحم محرم للصغير كعمه ، فان كانت متزوجة من غير ذي رحم محرم له فلا تكون أهلا لحضاته لان زوجها الذي لا يمت للصغير بقرابة محرمية يغلب عليه عادة كراهية الطفل وعدم العطف عليه .

وقال الجعفرية : يشترط ألا تكون متزوجة ولو بمحرم للصغير ، ولا فرق في ذلك بين الام وغيرها الا أن الام لا يسقط حقها بالتزويج اذا لم يكن للطفل أب ، وهي أولى به من جده (١) .

(٧) ألا تقيم به عند من يبغضه ولو كان قريبا له ، لما في امساكه عند المبغض له من الاذى والضياع .

وقال الجعفرية : لا يضر امساكها له في بيت المبغضين له بعد أن تكون قادرة على صيائه .

(١) انظر الاحكام الجعفرية مادة ٣٨٢ ، ٣٨٣ ص ٩٩ . وقد جاء في مسائل الخلاف ج ٢ ص ١٣٢ انه (اذا تزوجت الام سقط حقها من حضانة الولد) ولعله لا يريد الاطلاق بل يقيد بحالة وجود الاب .
(م ٢٤ الاحوال الشخصية)

(٨) ألا تكون مرتدة ، لان المرتدة تجس الى أن تتوب أو تموت ، فلا تصلح لان تكون حاضنة •

ولا يشترط اتحاد الدين بين الحاضنة والطفل أما كانت الحاضنة أو غير أم ، فلو أن مسلما تزوج مسيحية فجاءت بولد ذكر أو أنثى ، ثم طلقها ، فالولد يكون مسلما تبعا لاييه ، ويثبت لامة المسيحية حق حضائته ، لان أمر الحضانة يقوم على الشفقة ، وشفقة الام أوالاخت مثلا لا تختلف باختلاف الدين ، فيثبت لها حق الحضانة الى نهاية مدتها الا اذا خيف على الصغير أن يتأثر بدينها ، أو أن تسلك به غير سبيل المسلمين ، كأن تذهب به الى الكنيسة أو تطعمه لحم خنزير أو تسقيه خمر ، فحينئذ ينزع منها ويسلم لمن له حق الحضانة بعدها •

واذا انتقل حق الحضانة الى الرجال لعدم وجود حاضنة من محارم الطفل فانه لا يثبت هذا الحق الواحد من محارمه الرجال عاصبا كان أو غير عاصب الا اذا كان أهلا للحضانة وذلك بتوفر الشروط الآتية :

(١) أن يكون حرا (٢) بالغا (٣) عاقلا (٤) قادرا على تدبير مصالح الصغير (٥) أمينا على تربيته (٦) متحدا معه في دينه ، وذلك لان حق الرجال في الحضانة مبني على التوارث ، ولا توارث الا مع اتحاد الدين ، وعلى هذا فلو كان الصغير مسلما فلا تكون حضائته لقريبه المسيحي ، ولو كان مسيحيا فلا تكون حضائته لقريبه المسلم ، وانما يحضن المسلم المسلم ، ويحضن المسيحي المسيحي واليهودي والمجوسى لان كل الاديان غير الاسلام تعتبر دينا واحدا - وقال الجعفرية : الذمية أحق بحضانة ولدها الكافر ، ولا حضانة للكافرة على ولدها المسلم ، اذ يخشى عليه أن يألف غير دين الاسلام •

هذا - ومن سقط حقه في الحضانة لسبب من الاسباب ثم زال السبب عادله حقه فيها باتفاق الحنفية والجعفرية •

٤ — الحضانة حق الطفل وحق الحاضنة :-

اختلف الفقهاء في الحضانة ، هل هي حق الحاضنة أو حق الطفل ؟ فمنهم من قال : انها حق الحاضنة وحدها ، وفرعوا على هذا أن لها الحق في أن تتنازل متى شاءت ، وأنها لا تجبر عليها اذا امتنعت . ومنهم من قال : انها حق الطفل وحده ، وفرعوا على هذا أن الحاضنة لا تملك التنازل عن الحضانة وأنها تجبر عليها اذا امتنعت .

والصحيح ان الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والطفل ، فلام مثلا لها حق حضانة طفلها ما دامت أهلا لذلك ، وليس لاحد أن يسلبها هذا الحق وان كان لها أن تتنازل عنه لمحرر أخرى تصلح لحضاته .

والولد له حق أن يحضن وتتولاه محرم تقوم على تربيته ، ولا تتعين محرم بذاتها عند تعدد محارمه ، لان حقه أن يحضن لا على أن تكون حضاته عند امرأة بعينها ، فان لم يكن من محارمه الا امرأة واحدة تصلح لحضاته كانت هي المتعينة حتى لا يضيع الصغير .

واذا ثبت أن الحضانة حق الطفل وحق الحاضنة تفرع على حق الطفل فيها ما يأتي :

(١) ليس للام أن تخالع زوجها على أن تترك حضانة ولدها ، فان فعلت ذلك صح الخلع وبطل الشرط فتبقى حضانة الصغير لها ، لان الحضانة حق للصغير وهي لا تملك التصرف في حقه وان كان لها حق معه .

(٢) ليس للام أن تصالح زوجها على أن تترك حضانة ولدها منه ، وذلك كأن يكون لزوجها دين عليها فتصالحه على أن تترك حضانة الولد في نظير ما عليها من دين . وكذلك الحكم بالنسبة لغير الام . وللحاضنة أما أو غيرها أن تصالح على أجرة الحضانة لانها خالص حقها .

(٣) اذا تعينت الحاضنة أما كانت أو غير أم أجبرت عليها حتى لا يفوت على الطفل حقه .

ويتفرع على حق الحاضنة في الحضانة ما يلي :

(١) اذا كانت مرضعة الصغير غير حاضنته ، وجب عليها ارضاعه عند الحاضنة اما كانت الحاضنة أو غير أم حتى لا يفوت حقها في الحضانة •
٢ — ليس للاب ولا لغيره أن ينقل الطفل الى بلد غير البلد الذي تقيم فيه حاضنته ، لان في نقله تفويت حقها في الحضانة •

٣ — ليس للاب ولا لغيره أن ينزع الطفل من حاضنته ليعطيه لحاضنة أخرى تليها في حق الحضانة الا لسبب مشروع ، لان نزعها منها لغير مبرر تفويت لحقها في الحضانة •

٥ — مكان الحضانة :-

الحاضنة اما أن تكون أم الطفل ، واما أن تكون غير أمه ، فان كانت أمه وكانت زوجيتها لوالد الطفل قائمة ، أو كانت معتدة من طلاقه الرجعي أو البائن كانت حضانتها للطفل في بيت الزوجية ، وليس لها أن تسافر به الى مكان ما قريب أو بعيد ، وذلك لانها وهي زوجة ليس لها أن تخرج الا باذن زوجها ، فله أن يحول بينها وبين خروجها من بيته فضلا عن سفرها بولدها ، وكذلك ليس لها — وهي معتدة — أن تسافر بالطفل أو تنتقل به من بيت الزوجية ، لانه يجب عليها أن تقرر في بيت مطلقها ولا تخرج منه ولو أذن لها ، لان قرارها في البيت حق الشارع •

واذا كانت الحاضنة أم الطفل ، وكانت زوجيتها قد انقطعت بخروجها من العدة فلها أن تنتقل بالطفل الى وطنها الذي تزوجها فيه ، قريبا كان أو بعيدا ، مصرا كان أو قرية ، وذلك لان انتقالها الى وطنها الذي يقيم فيه أهلها والذي تزوجها فيه ، فيه مصلحتها وبالتالي فيه مصلحة الولد ، وليس في ذلك عدوان على الوالد بابعاد ولده عنه ، لان رضاه بالعقد عليها في بلدها معناه — كما يقول الفقهاء — رضى منه لنفسه ولزوجه ولولده بالاقامة فيه •

أما انتقالها الى غير وطنها ولو كان العقد فيه ، أو الى وطنها وقد كان

العقد عليها في غيره ، فليس لها حق فيه الا اذا كان البلد الذي تريد النقلة اليه مصرا قريبا بحيث يستطيع أبو الطفل أن يذهب لزيارته فيه ثم يعود الى بلده قبل أن يدركه الليل ، فان كان البلد الذي تريد النقلة اليه مصرا بعيدا ، أو قرية بعيدة أو قريبة ، فليس لها حق النقلة بالطفل الا باذن من أبيه — هذا مذهب الحنفية •

وقال الجعفرية : ليس للام المطلقة أن تسافر بالولد الحاضنة له قبل انقضاء العدة ولا بعدها من مصر الى مصر ، ولا من قرية الى مصر ، ولا من قرية الى قرية ، اذا كان ذلك ضررا على الولد أو الوالد ، وان لم يتضرر أحدهما بذلك فلها الانتقال بالولد من غير رضا أبيه مدة حضانتها له ولو كان ما تريد الانتقال اليه بعيدا عن محل اقامته ، اذ حق الحضانة مختص بها وليس مشتركا بينها وبين الاب • ونقل عن أبي جعفر الطوسي أنه : ليس لها الانتقال بالولد الى محل تقصر فيه الصلاة ، ولا الانتقال به من مصر الى قرية لان في السواد يقل تعليمه (١) •

واذا كانت الحاضنة غير الأم كالأخت والعمة والخالة فانه لا يكون لها حق النقلة بالطفل مطلقا الا باذن من أبيه أو وليه ، وهذا باتفاق الحنفية والجعفرية •

بقي بعد هذا أن نبين حكم انتقال الوالد بولده ، والنفقة في هذه المسألة ان الحضانة ما دامت ثابتة للام أو لغيرها من محارم الطفل فليس تقيم فيه ولو كان مصرا قريبا ، لان في ذلك تفويتا لحقها في الحضانة • أما اذا لم يكن للطفل حاضنة ، أو كانت له حاضنة زالت أهليتها للحضانة فانه يكون للاب أو الولي الحق في أن ينتقل به الى حيث شاء ، أو الى حيث تقيم من صار اليها حق الحضانة •

هذا — ولا يحال بين الام ورؤية ولدها ان كانت حضاتته لغيرها ،

(١) الاحكام الجعفرية المادة ٣٩٣ ص ١٠٢ •

كما أنه لا يحال بين الاب ورؤية ولده ان كانت حاضنته لا تقيم معه • ولا يجبر من عنده الولد على أن يرسله الى أبيه أو أمه لرؤيته ، وانما عليه أن يبرزه الى مكان تسهل فيه رؤيته •

٦- أجرة الحضانة :-

اذا كانت الحاضنة هي الام وكانت زوجيتها لوالد الطفل لا تزال قائمة ، أو كانت في عدتها من طلاقه الرجعي ، فانها لا تستحق أجرة على حضانة ولدها •

وان كانت في عدتها من طلاقه البائن ، فاصح القولين عند الحنفية وهو الذي عليه الفتوى أنها لا تستحق أجرة على الحضانة ، والقول الثاني - وهو مصحح أيضا - أنها تستحق الاجرة •

وان كانت قد انقضت عدتها من طلاقه فانها تستحق أجرة الحضانة لانها بخروجها من العدة صارت أجنبية عن والد الطفل •

واذا كانت الحاضنة للصغير غير أمه فلها أجرة الحضانة ما لم تكن متبرعة •

واذا لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير وجب اعداد مسكن لها أو اعطاؤها أجرته •

واذا كان الطفل بحاجة الى خادم مع الحاضنة وجب احضار الخادم لها أو اعطاؤها أجرته ، وذلك ان كان للصغير مال ، أو كان من تجب عليه نفقته موسرا •

وما يحتاج اليه الطفل من فرش وغطاء يجب على من يقوم بالاتفاق عليه أن يهيئه أو يدفع بدله للحاضنة •

وأجرة حضانة الطفل ، وأجرة مسكنه وخادمه ، وبدل فرشه وغطائه ، كل هذا يدفع من مال الصغير ان كان له مال ، والا فمن مال أبيه أو من مال من تجب عليه نفقته بعد أبيه •

وأجرة الحضانة تثبت للحاضنة من وقت قيامها بها بدون توقف على القضاء ، وتكون ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالاداء أو الإبراء ، وهي حق الحضانة لأنها أجرة على عمل قامت به فلها أن تصالح عليه كما قدمنا •

وإذا وجدت متبرعة بحضانة الطفل ، أو من تقبل أقل من أجرة المثل على حضائته ، فإن كانت المتبرعة أو من تطلب دون أجرة المثل أجنبية عن الطفل ، أو قريبة من غير محارمه ، فالأم وغيرها من قريباته المحارم أولى بحضائته بأجرة المثل ، سواء أكاft الأجرة من مال الصغير أم كانت من مال أبيه ، أم كانت من مال من تجب عليه نفقته بعد أبيه •

وان كانت المتبرعة ، أو من ترضى بأقل من أجرة المثل قريبة من محارمه فإن كان الطفل لا مال له ، وكان أبوه أو من تجب عليه نفقته موسراً فالأم أحق بحضائته بأجرة المثل • وإن كان للطفل مال ، أو كان لا مال له وأبوه أو من تلزمه نفقته معسر فالمتبرعة ومن تقبل أقل من أجرة المثل من محارمه أولى من الأم إلا أن تتبرع الأم أو ترضى بما رضى به قريته المحرمة • وإنما قدمنا المتبرعة ومن تطلب أجرة أقل مما تطلب الأم في هذه الصورة الأخيرة محافظة على مال الصغير إن كان له مال ، ولعدم المضارة للاب المعسر أو المنفق المعسر إن لم يكن للصغير مال ، ورعاية جانب الصغير مع ذلك موفورة لأن حاضنته من محارمه — هذا مذهب الحنفية •

وقال الجعفرية : أجرة الحضانة غير لازمة ، لكنه لا يجب على الأم الحضانة مجاناً ، فلها طلب الأجرة ، وللاب الخيار حينئذ بين دفع الأجرة وأخذ الطفل منها • وإذا لم يكن شأن الاب الحضانة ، ولم يوجد متبرع بها قالوا : لا يبعد وجوب اجابته ، ولو طلبت أكثر مما يطلب غيرها فلا تجاب الى ذلك • والأجرة تلزم أبا الصغير إن لم يكن للصغير مال ، فإن كان له مال فلا يلزم أباه شيء منها إلا أن يتبرع •

وإذا كانت أم الطفل هي الحاضنة له ولم يكن لها مسكن تمسك فيه الصغير الفقير فعلى أبيه سكنها جميعاً ، وإن احتاج المحضون الى خادم

وكان أبوه موسرا يلزم به ، وغير الام من الحاضنات لها الاجرة اذا أبت حضاتته مجانا ولم توجد متبرعة •

ولو أبت أم الطفل حضاتته مجانا ووجدت متبرعة أهل للحضانة ولو أجنبية ، أو كان الأب قادرا على حضاتته ولو بالاستعانة بغيره من خادمة أو زوجة ، تخير بين امساكه مجانا ودفعه للمتبرعة أو للاب ، فان لم تختار امساكه مجانا ينزع منها ويسلم للمتبرعة أو للاب ، ولا تمنع من رؤيته وتعهدده (١) •

٧ — مدة الحضانة :-

تبدأ حضانة الطفل من حين ولادته ، وتنتهي بالنسبة للغلام اذا بلغ السن التي يستطيع أن يستقل فيها بخدمة نفسه ، بأن يأكل وحده ، ويشرب وحده ، ويلبس وحده ، ويستنقي وحده ، وقدر ذلك يبلغه سن السابعة ، وقيل يبلغه سن التاسعة ، والفتوى على الاول ، ولا فرق في هذا بين أن تكون الام هي الحاضنة أو غيرها •

وتنتهي الحضانة بالنسبة للبنت اذا بلغت المحيض ، وذلك اذا كانت الام أو الجدة هي الحاضنة •

واذا كانت الحاضنة غير الام والجدة تنتهي حضانتها ببلوغها سن المراهقة •

هذا هو ظاهر الرواية في مذهب الحنفية ، وغير ظاهر الرواية — وهو مروى عن محمد وبه يفتى — أن مدة الحضانة بالنسبة للبنت تنتهي ببلوغها سن المراهقة أما كانت الحاضنة أو جدة أو غيرها ، وقدر ذلك بتسع سنين على المفتى به ، وقيل بأحدى عشرة سنة (٢) •

(١) الاحكام الجعفرية ص ١٠٠ — ١٠١ مادة ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ •

(٢) البحر الرائق ج ٤ ص ١٦٩ — ١٧٠ •

ومع كون الفتوى على أن مدة الحضانة للغلام سبع سنين ، وللبنت تسع سنين فإن للقاضي الحق في مد مدة الحضانة الى تسع سنين للغلام ، والى احدى عشرة سنة للجارية اذا رأى في ذلك مصلحتها ، ولهذا نص المشرع المصري في المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن « للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين الى تسع ، وللصغيرة بعد تسع سنين الى احدى عشرة اذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك » .

هذا — وقدراعى الشارع الحكيم مصلحة الصغير والصغيرة حين جعل حضانة الصغير الى بلوغه السن الذي يستغنى فيها عن خدمة النساء ، وحضانة الصغيرة الى بلوغها مبلغ النساء أو ما يقارب ذلك ، لان الصغير بعد استغنائه عن خدمة النساء يحتاج الى أن يتعود أخلاق الرجال ، والنساء لا تصلح لذلك ، فكان لا بد أن ينزع من حاضنته بعد استغنائه عنها ويسلم الى أبيه أو وليه ليقوم على تأديبه وتهذيبه .

أما الصغيرة فانها بعد بلوغها السن التي تستغني فيه عن خدمة حاضنتها لا تزال بعد ذلك بحاجة الى أن تبقى تحت رعايتها واشرافها ، لتقوم على تعليمها خدمة البيت وتعويدها ما يليق بالمرأة من عادات وأخلاق ، فاذا بلغت المحيض أو كادت كانت بحاجة الى من يقوم بصيانتها والحفاظة عليها حتى لا يחדش شرفها أو يمس غفافها ، والرجال على ذلك أقدر من النساء ، فكان لزاما أن تضم الى أبيها أو وليها اذا بلغت هذا الحد — هذا مذهب الحنفية .

أما الجعفرية فالمشهور من مذهبهم : أن مدة حضانة الام للغلام سنتان ، وهي أقصى مدة الرضاعة ، وبعدها يكون الاب أحق به ، ومدة حضانة الام للبنت الى سبع سنين ، وغير المشهور من مذهبهم : أن حضانة الام للغلام الى سبع سنين وللجارية الى تسع .

٨ — ما بعد مدة الحضانة :-

وإذا انتهت مدة حضانة الغلام ببلوغه سبع سنوات أو تسع سنوات فإنه ينزع من حاضنته ويسلم لآبيه أو لأقرب عاصب له إن كان أبوه ميتاً أو في حكم الميت • ولا خيار للغلام ولا لآبيه أو قريبه العاصب في ذلك ، بل يجبر الغلام على أن ينضم إلى آبيه أو عاصبه ، ويجبر الأب أو العاصب على أن يضم الغلام إليه ، لأن الشارع رأى المصلحة في ذلك ، وليس لأحد أن يختار غير ما شرع الله « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضلّ ضلالاً مبيناً » •

وإذا لم يكن للغلام أب ولا عاصب دفع إلى وصيه إن كان ، فإن لم يكن وصي بقي عند حاضنته حتى يرى القاضي ما هو أصلح له •

ومذهب الجعفرية : أنه إذا انتهت مدة حضانة الأم ولم يكن للغلام أب فأمه أحق به من الجد والوصي ، وكذا هي أحق به إذا كان الأب فاقداً للشروط • ولا خيار للغلام في هذه المرحلة (مرحلة ما قبل البلوغ) في الانفراد عن له حق ضمه إليه والبقاء معه ، بل يجبر على البقاء •

فاذا بلغ الغلام مبلغ الرجال وكان ذا عقل يستغنى به عن ولاية غيره ، صار أحق بنفسه ، وليس لآبيه ولا لغيره سلطان عليه ، بل يكون مخيراً حينذاك بين أن يختار البقاء مع آبيه أو عاصبه وبين أن يستقل بنفسه •

وإذا انتهت مدة حضانة البنت ، بأن بلغت تسع سنين أو إحدى عشرة سنة فإنها تنزع من حاضنتها وتضم إلى آبيها أو إلى أقرب عاصب من محارمها ، ولا خيار في ذلك للبنت ولا لآبيها أو قريبيها العاصب المحرم كما تقدم بالنسبة للغلام •

ومذهب الجعفرية — على ما ذكره أبو جعفر الطوسي — أن البنت إذا بلغت سن التمييز فالأم أحق بها إلى حد البلوغ ما لم تتزوج الأم فإن

تزوجت فالأب أحق بها (١) ، وذكر غيره أن البنت إذا انتهت حضانتها ببلوغها سن التاسعة كان من حق أبيها أن يضمها إليه (٢) وتجبر على البقاء معه .

فإذا بلغت البنت مبلغ النساء يبقى حق ضمها لآبيها أو لقريبها العاصب المحرم إلى أن تتزوج ، فإذا تزوجت أمسكها زوجها ، وإذا لم تتزوج بقيت عند أبيها أو عاصبها المحرم أن كانت بكرا يخشى عليها من الفتن ولو كانت أمينة على نفسها . وكذلك إذا كانت ثيبه غير مأمونة على نفسها ، فإذا أسنت البكر وعرف عنها العفة وحسن الرأي صارت أحق بنفسها ، وليس لآبيها ولا لأحد أن يجبرها على المقام معه ، وكذلك حكم الثيب المأمونة على نفسها (٣) .

وقال الجعفرية : إذا بلغت الالتي مبلغ النساء وكانت غير مأمونة إذا انفردت فلا خيار لها ، ولآبيها أو جدها ضمها إليه ، وإذا أصرت على الانفرد وهي غير رشيدة فلا تزول الولاية عنها سواء أكانت بكرا أم ثيبا . وإن كانت رشيدة مأمونة على نفسها فليس لأحد من أوليائها ضمها إليه بدون رضاها سواء أكانت بكرا شابة أم ثيبا (٤) ، ولكن يكره لها مفارقة أبويها أو من هي عنده منهما حتى تتزوج .

هذا — وينبغي أن نلاحظ أنه لا بد من أن تتوفر فيمن له حق ضم الصغير أو الصغيرة بعد نهاية سن الحضانة نفس الشروط التي اشترطناها لاهلية الحاضن .

(١) مسائل الخلاف ح ٢ ص ١٣٢ .

(٢) الاحكام الجعفرية ص ١٠١ مادة ٣٩١ .

(٣) البحر الرائق ح ٤ ص ١٧١ .

(٤) الاحكام الجعفرية ص ١٢٥ مادة ٤٩٩ .

الباب الرابع

« في : النفقة »

« تمهيد »

لا نريد بالنفقة هنا نفقة الاولاد وحسب ، بل نريد بها ما يعم نفقة الاولاد وهم الفروع وان نزلوا ، ونفقة الاباء وهم الاصول وان علوا ، ونفقة ذوي الارحام وهم الحواشي كالاخ والاخت ، والعم والعمة ، والخال والخالة .

وانما أردنا بالنفقة ما يعم نفقة هؤلاء جميعا ، لاننا حينما عرضنا لموضوع ثبوت النسب لم تقتصر على ثبوت البنوة وحدها ، وانما عرضنا لثبوت البنوة ، والابوة ، والاخوة ، والعمومة ، وسائر الصلات الرحمية .

والقربة في الجملة سبب لوجوب نفقة القريب المعسر على قريبه الموسر ، لان بينهما رحما لها حرمتها وحقتها ، فلا بد للموسر أن ييلها بيلالها ، ويصلها بالاتفاق عليها والاحسان لها ، والا لكان قاطعا لما أمر الله به أن يوصل ، وكفى بالمرء اثما أن يضيع من يقوت .

والقربة الموجبة للاتفاق مختلف فيها بين الفقهاء :

فالملكية يرون أن القربة الموجبة للاتفاق هي قرابة الولاد المباشرة ، أي في أول درجاتها صاعدة أو نازلة ، وعلى هذا فلا تجب النفقة عندهم الا على الابوين المباشرين والاولاد الصليين ، أما من عداهم كالاجداد والجدات ، وأبناء الابناء وأبناء البنات ، والعمات والخالات ، فلا نفقة عليهم بسبب هذه القربات ، ودليلهم على ما ذهبوا اليه قوله تعالى (.. وبالوالدين احسانا) وقوله (.. وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) (١)

(١) دلت الآية بالعبارة على ايجاب نفقة الزوجات على أزواجهن ، ودلت بالاشارة على أن نفقة الاولاد على أبيهم ، لانه اذا وجبت نفقة أم الولد على أبيه بسببه فلان تجب له هو من باب أولى - انظر البحر الرائق ح ٤ ص ٢٠١ وفتح القدير ح ٣ ص ٣٤٤ .

وقوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لاييك) .. وغير ذلك من النصوص التي تدل على وجوب النفقة على الابوين والاولاد ، أما من عداهم فليس عليهم نفقة ، لان النصوص لم تشملهم ، كما أنهم ليسوا فى قوة الاباء المباشرين أو الاولاد الصليبين حتى يقاسوا عليهم ، فليس الجد فى قوة الاب ، ولا ابن الابن فى قوة الابن حتى يكون له حكمه فى وجوب النفقة له أو عليه .

والشافعية يرون أن القرابة الموجبة للاتفاق هي قرابة الولاد مطلقا ، وعلى هذا تجب النفقة عندهم على الاصول وان علوا ، وعلى الفروع وان نزلوا ، ولا تجب على غير هؤلاء ، واستدلوا بما استدل به المالكية الا أنهم قالوا : ان الاصول آباء وان علوا ، والفروع أبناء وان نزلوا ، فالنصوص تشمل الاجداد والجندات كما تشمل الاباء والامهات ، وتشمل أبناء الابناء كما تشمل الابناء .

والحنابلة يرون أن القرابة الموجبة للاتفاق هي القرابة التي يكون فيها القريب الموسر وارثا لقريبه المحتاج على فرض كونه ذا مال ، لقوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) ، ولان بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس فينبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم ، فان لم يكن وارثا لعدم القرابة لم تجب عليه النفقة لذلك (١) .

ولما كانت القرابة التي يتفرع عليها الميراث هي الموجبة للنفقة عند الحنابلة فانهم يشترطون اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه ، بخلاف المالكية والشافعية فانهم لا يشترطون ذلك لانهم نظروا لمجرد القرابة .

والحنفية يرون أن القرابة الموجبة للاتفاق هي القرابة المحرمة ولو كانت قرابة الحواشي ، أما القرابة غير المحرمة فلا يستحق بسببها نفقة ، أما كون القرابة موجبة للنفقة ، فلان الشارع أمر بصلة الرحم ، ومن صلتها

(١) المغني لابن قدامة المقدس ح ٧ ص ٥٨٤ ، وانظر ما ذكره فى شأن نفقة ذوي الارحام ح ٧ ص ٥٨٦ .

الاتفاق عليها عند الحاجة ، وأما شرط كونها محرمة ، فلان الشارع لما خص المحارم من ذوي الارحام بحرمة التزواج بينهم مخافة القطيعة دل ذلك على أن المحارم تخص أيضا بوجوب النفقة لهم دون سائر الارحام عند اعسارهم وعجزهم ، وبذلك تتحقق صلتهم ولا تكون قطيعة •

والجعفرية يرون أن القرابة الموجبة للاتفاق هي القرابة التي تقوم على الجزئية بين المنفق والمنفق عليه ، وذلك خاص بالاصول والفروع مطلقا ، أما بالنسبة للحواشي فالموجب للنفقة هو القرابة التي يكون فيها القريب الموسر وارثا لقريبه المحتاج ولو لم يكن محرما (١) •

ولا نريد — كعادتنا — أن نطيل بذكر مباحث النفقة على اختلاف المذاهب، بل يكفي أن تقتصر على ما يهمننا ذكره من مذهب الحنفية والجعفرية ، لانهما هما المذهبان اللذان يجري عليهما العمل في العراق •

ولا بد لنا أن تقدم بين يدي مباحث النفقة بعض الاصول المقررة حتى نسير على ضوئها فيما يعرض لنا من مسائلها ، واليك هذه الاصول :

الاصل الاول — القرابة متفاوتة ، وهي نوعان (النوع الاول) قرابة الولاد ، والمراد بها قرابة الاصول والفروع المنحصرة في عمود النسب ، وهذه كلها محرمة ، فلا يحل زواج بين أصل وفرع وان تباعد ما بينهما •
(النوع الثاني) قرابة غير الولاد ، والمراد بها قرابة الحواشي الخارجين عن عمود النسب ، وهذه منها قرابات محرمة كالاعمام والعمات ، والاخوال والخالات ، ومنها قرابات غير محرمة كأبناء الاعمام ، وأبناء العمات ، وأبناء الاخوال ، وأبناء الخالات •

الاصل الثاني — من كان له مال فنفقته في ماله صغيرا كان أو كبيرا ، ويستثنى من ذلك الزوجة ، فان نفقتها تجب على زوجها ولو كانت موسرة •

(١) هذا عند من يقول بوجوب النفقة لذوي الارحام ، والمشهور من مذهب الجعفرية أنها مستحبة ولا يجبر القريب عليها . وراجع في هذا الموضوع المسألة رقم ٣١ من مسائل النفقات من كتاب مسائل الخلاف ح ٢ ص ١٣١ •

الاصل الثالث — لا تجب نفقة القريب على قريبه عند الحنفية الا اذا كان ذا رحم محرم له • وعند الجعفرية لا تجب نفقة القريب الا اذا كان من الاصول أو الفروع ، أما ذووا الارحام غير الاصول والفروع فيكفي عند من يوجب لهم النفقة أن يكون بين المنفق والمنفق عليه توارث ، ولا يشترط كون القرابة محرمة •

الاصل الرابع — لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد ، كما لا يشارك الاب في نفقة أولاده أحد • وعند الجعفرية لو كان للشخص أب وابن موسران فنفقته عليهما بالسوية •

الاصل الخامس — لا نفقة مع اختلاف الدين الا للاصول والفروع والزوجة •

الاصل السادس — لا تجب على فقير قادر على الكسب نفقة لاحد الا لاصوله وفروعه وزوجته ، فعليه ما دام قادرا على العمل أن يسعى ويعمل لينفق من كسبه عليهم ، فان أبي أجبر على ذلك •

الاصل السابع — من امتنع وهو موسر عن الاتفاق على قريبه الذي تجب عليه نفقته يحبس كما يحبس الزوج في نفقة زوجته ، ولا يستثنى الاب من ذلك وان كان لا يحبس فيما عدا ذلك من دين عليه لولده •

الاصل الثامن — النفقة الواجبة للاصول على الفروع ، ونفقة الحواشي بعضهم على بعض تكون على قدر كفايتهم ، لانها لسد الحاجة فلا يجب الزيادة عليها ، أما النفقة الواجبة للولد على أبيه فتكون على قدر الحاجة ان كان الاب معسرا ، وعلى حسب ما يراه القاضي ان كان الاب موسرا ، حتى لو كان الولد بحاجة الى خادم فرض القاضي على الاب نفقة خادم له •

الاصل التاسع — نفقة الاصول والفروع لا يتوقف وجوب أدائها على قضاء القاضي كما هو الشأن في نفقة الزوجة ، أما نفقة الحواشي بعضهم على بعض فانه يتوقف وجوب أدائها على القضاء •

الاصل العاشر — لا يقضي بنفقة في مال الغائب الا للوالدين والاولاد والزوجة ، وذلك لان وجوب النفقة لهم ثابت في حد ذاته وقضاء القاضي انما هو من باب الاعانة لصاحب الحق على الوصول الى حقه .

الاصل الحادي عشر — نفقة الاصول والفروع والحواشي تسقط بمضي المدة (١) الا اذا كانت مفروضة ومستدانة بالفعل باذن من القاضي ، أو باذن ممن وجبت عليه ، واستثنى بعض فقهاء الحنفية من ذلك نفقة الصغير حيث جعلوها كنفقة الزوجة تثبت من وقت القضاء أو التراضي ، ولا تسقط بعد الفرض بمضي المدة ، وهي دين ضعيف يسقط بموت الصغير ، ولا تكون ديناً قوياً الا اذا استدينت بالفعل باذن من القاضي أو باذن ممن وجبت عليه (٢) .

هذه هي أهم الاصول التي يجب معرفتها قبل الخوض في مسائل النفقات ، وبعد هذا نتكلم عن النفقة الواجبة للفروع على الاصول ، ثم عن النفقة الواجبة للاصول على الفروع ، ثم عن نفقة ذوي الارحام — وهم الحواشي — بعضهم على بعض ، وسنفرد لكل نوع من هذه الانواع الثلاثة فصلاً مستقلاً ، ثم نختم الباب بفصل رابع وأخير نرتب فيه من تجب عليهم النفقة عند التعدد مع اتحادهم في نوع القرابة أو اختلافهم فيها ، فنقول :

(١) والمدة التي تسقط بمضيها النفقة — عند الحنفية — شهر فأكثر ، وذلك لان نفقة الاقارب فرضت لسد حاجتهم ، فاذا مضى شهر فأكثر ولم يأخذ القريب نفقته دل ذلك على أنه استغنى ، أما ما دون الشهر فلا تسقط نفقته وله أن يطالب بها . وعند الجعفرية تسقط نفقة القريب بمضي شهر أو أكثر أو اقل ما لم تكن مستدانة باذن القاضي .

(٢) جرى عمل القضاة في مصر على هذا الرأي كما هو بدون تغيير ، لانهم رأوه أرفق بالناس ، بخلاف نفقة الزوجة حيث ترك العمل بمذهب الحنفية فيها الى ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ من أنها دين بمجرد الامتناع ، وانها دين قوي لا يسقط الا بالاداء أو الإبراء .

الفصل الاول

« في : النفقة الواجبة للفروع على الاصول »

اذا كان للفرع مال فانه لا يستحق نفقة على أحد لان نفقته في مال نفسه، صغيرا كان أو كبيرا ، ذكررا كان أو انثى .

واذا لم يكن له مال ، وكان قادرا على الكسب فكذا لا يستحق نفقة على أحد لان عليه أن يعمل لينفق على نفسه .

واذا لم يكن له مال ، وكان عاجزا عن الكسب لصغره (١) ، أو لكونه انثى ولو كبيرة قادرة على الكسب ولا كسب لها بالفعل (٢) ، أو لكونه كبيرا لا يقدر على الكسب لمرض مزمن يقعده عن العمل ، كعمى وشلل فانه يكون مستحقا للنفقة (٣) .

واذا كان للفرع — ذكررا أو انثى — مال لا يكفيه ، أو كسب لا يفي بحاجته وجب على أبيه أو من يليه من أصوله في وجوب الاتفاق عليه أن يكمل له ما يكفى لسد حاجته .

واذا كان للصغير أو للكبير العاجز مال لا تصل يده اليه وهو فى

(١) اذا بلغ الصغير حد الكسب كان لايه أن يدفعه الى العمل وينفق عليه من كسب عمله .

(٢) الانوثة في حد ذاتها عجز ولو مع القدرة على العمل ، لان الشأن في المرأة ألا تعمل للكسب، وليس للاب أن يدفعها للعمل، ولكن لو كان لها كسب من نحو خياطة أو حياكة أو وظيفة فانها تكون بذلك مستغنية ونفقتها من كسبها ما دام أبوها فقيرا . ونفقة البنت التى لا كسب لها بالفعل تكون على أبيها أو من يليه من أصولها حتى تتزوج فتكون نفقتها على زوجها فان طلقت وانقضت عدتها وكانت محتاجة عادت نفقتها الى أبيها أو من يليه في الاتفاق عليها .

(٣) الحق الفقهاء بالعاجز في استحقاق النفقة من كان من أبناء الاشراف ولا يستأجره الناس لعمل يليق به وطالب العلم الذي يشغله طلب العلم عن الكسب .

(م ٢٥ الاحوال الشخصية)

حاجة الى النفقة كان على أبيه أو من يليه من أصوله أن ينفق عليه من مال نفسه حتى يحضر ماله فيرجع عليه فيه بما أتفق ان كان أتفق بإذن من القاضي ، أو كان أتفق بغير اذنه ولكنه أشهد عند الاتفاق أنه سيرجع عليه ، فان كان قد أتفق بغير اذن ولا اشهاد كان متبرعا بما أتفق ولا حق له فى الرجوع قضاءً ، أما ديانة فله الحق فى الرجوع بما أتفق ان كان قد نواه •

ونفقة الاولاد هي كل ما يحتاجون اليه من طعام وكسوة وسكنى واجرة خادم ان احتيج له ، واجرة رضاعة وحضانة ان كان الولد صغيرا • ولا يدخل فى نفقة الولد نفقة زوجته فلا يطالب بها الاب أو غيره الا اذا كان متكفلا بها •

واختلاف الدين وعدم الميراث لا يمنعان من وجوب النفقة للفرع على أصله باتفاق الحنفية والجعفرية •

اذا علمت هذا ، فاعلم أن نفقة الولد المحتاج — ذكرا أو انثى — تكون على أبيه وحده ان كان أبوه موجودا وقادرا على النفقة ، لما تقدم من أن الاب لا يشاركه أحد فى نفقة أولاده الا فى حالة تقدمت عند الجعفرية • وان كان أبوه غير موجود أو موجودا فى حكم المعدم فنفقته تكون على غير أبيه من اصوله أو غيرهم من قرابته ، وعلى هذا فنفقة الولد تارة تكون على أبيه وحده ، وتارة تكون على غير أبيه من اصوله وحدهم ، وتارة لا يستقل بها الاصول بل ينفرد بها غيرهم أو يشاركهم فيها ، وما دام هذا الفصل معقودا للنفقة الواجبة للفروع على الاصول فانا نتكلم أولا عن النفقة الواجبة للولد على أبيه ، ثم عن النفقة الواجبة له على غير أبيه من أصوله ، واليك بيان ذلك :

أولا — النفقة الواجبة للولد على أبيه :-

للاب أربع حالات ١ — تارة يكون صاحب مال ٢ — وتارة يكون لا مال له ولكنه قادر على العمل ، وطرق الكسب ميسرة له ٣ — وتارة يكون

لا مال له ولكنه قادر على العمل وطرق الكسب غير ميسرة له ٤ — وتارة يكون لا مال له ولا يقدر على العمل بحال من الاحوال ، ولكل حالة من هذه الحالات الاربع حكمها :

الحالة الاولى — اذا كان الاب صاحب مال وجب عليه أن ينفق على ولده المحتاج من ماله ، وان امتنع أجبر على ذلك •

الحالة الثانية — اذا كان الاب لا مال له ولكنه قادر على العمل وطرق الكسب ميسرة له وجب على الاب أن يعمل ويجد في طلب الرزق وينفق على ولده من كسب عمله ، وان امتنع عن العمل ، وهذه حاله أجبر عليه بالحبس ونحوه •

الحالة الثالثة — اذا كان الاب لا مال له ولكنه قادر على العمل وطرق الكسب غير ميسرة له كانت نفقة ولده واجبة عليه أيضا ولكنه لا يكلف بأدائها لعدم وجود شيء في يده ، وانما تكلف أم الولد بالاتفاق عليه من مالها ان كان لها مال ، ويكون ما تنفقه ديناً لها على زوجها ترجع به عليه اذا أيسر ، فان لم يكن للولد أم ، أو كانت له أم ولا مال لها يكلف جده بالاتفاق عليه ، ويرجع بما أنفق على أبيه بعد يساره ، فان لم يكن له جد أو كان له جد لا مال له كان على من يلي الجد في وجوب الاتفاق أن ينفق من ماله ويرجع بما أنفق على الاب •• وهكذا ، فاذا لم يوجد أحد ينفق عليه من أقاربه كانت نفقته في بيت مال المسلمين — هذا هو الراجح من مذهب الحنفية •

وذهب الجعفرية — وهو قول لبعض الحنفية — الى أنه اذا كان الاب قادرا على العمل وطرق الكسب غير ميسرة له اعتبر الاب في حكم الميت، وتكون نفقة الولد على من تلزمه نفقته بعد موت أبيه ولا يرجع بها على الاب اذا أيسر • وفي حكم ما تقدم — على الخلاف بين الحنفية والجعفرية — ما لو كانت طرق الكسب ميسرة للاب ولكنها لا تفي بحاجته وحاجة ولده •

الحالة الرابعة — اذا كان الاب لا مال له ولا قدرة له على العمل بحال ما لشيخوخة ، أو لمرض مزمن مقعد ، أو لنحو ذلك ، اعتبر الاب في حكم الميت وتكون نفقة الولد على من تلزمه نفقته بعد موت أبيه على ما ستعرفه .

ثانياً — النفقة الواجبة للولد على غير أبيه من أصوله : —

اذا مات أبو الولد المستحق للنفقة أو كان في حكم الميت لاعتساره وعجزه بالكلية عن الكسب انتقلت نفقته الى من يلي الاب في وجوب النفقة عليه من أقاربه ، وقد تنحصر النفقة الواجبة للمحتاج في أصوله لعدم وجود من تجب عليه من غيرهم ، فان كان الامر كذلك ، فاما أن يكون له قريب واحد من الاصول ، واما أن يكون له منهم أقرباء .

فان كان له قريب واحد من الاصول — من جهة الاب أو من جهة الام — وكان موسراً كانت نفقته عليه وحده لانه متعين لها .

وان كان له أقرباء من الاصول وكانوا جميعاً موسرين ، فهذه حالة تأتي على ثلاث صور ، لكل صورة حكمها :

الصورة الاولى — أن يكون جميع الاصول وارثين — وهؤلاء تكون النفقة عليهم جميعاً بنسبة أنصبتهم في الميراث دون التفاضل الى تساويهم أو تفاوتهم في درجة القرابة ، وعلى هذا فمن له أم ، وجد لاب فنفقته عليهما بنسبة الارث ، فعلى الام الثلث ، وعلى الجد الثلثان . ومن له جدة لام وجد لاب كان على الجدة السدس وعلى الجد لاب الباقي .

الصورة الثانية — أن يكون جميع الاصول غير وارثين — وهؤلاء اما أن تتساوى درجة قرابتهم من الولد ، واما أن تتفاوت ، فان تساوت كانت النفقة عليهم بالسوية ، وان تفاوتت كانت النفقة على أقربهم له ، وعلى هذا فمن له أبو أبي أم ، وأم أم أم فنفقته عليهما بالتساوي ، ومن له أبو أم ، وأبو أم أب فنفقته على أبي الام لقرب درجته ، وليس على أبي أم الاب شيء .

الصورة الثالثة — أن يكون بعض الاصول وارثين وبعضهم غير وارثين —

وهؤلاء اما أن تتساوى درجة قرابتهم من الولد ، واما أن تتفاوت ، فان تساوت كانت النفقة على الوارث منهم بنسبة ميراثه ، ولا نفقة على غير الوارث ، وعليه فمن كان له جد لاب وجد لام فنفته على جده لاييه دون جده لأمه •

وان تفاوتت درجة قرابتهم كانت النفقة على أقربهم درجة ولو كان غير وارث ، ولا شيء على الابدع ولو كان وارثا ، وعليه فمن كان له أم ، وأبو أم فنفته على أمه لقرب درجتها ، ولا شيء على أبي الام لبعده ، ومن كان له أبو أم وأبو أبي أب فنفته على أبي أمه لقربه وان لم يكن وارثا ، ولا شيء على أبي أبي الاب لبعده وان كان هو الوارث ، وعلة هذا أن سبب استحقاق النفقة هنا هو الجزئية — جزئية الفرع لاصله — وكلما قربت درجة القرابة كلما قويت الجزئية فيرجح الاقرب لرجحان سبب وجوب النفقة عليه — هذا مذهب الحنفية •

وزهب الجعفرية : الى أنه اذا كان أبو الولد المحتاج معدوما أو فى حكم المعدم لسره فنفته الولد على أبي الاب ، فان عدم أو كان فى حكم المعدم فعلى أبي الجد لاب •• وهكذا وان علا ، وان عدمت الالباء أو كانوا فى حكم المعدمين فنفته على أمه ، ومع عدمها أو فقرها تكون نفقته على أجداده وجداته لأمه وان علوا الاقرب فالاقرب وان كان الاقرب انشى والابدع ذكرا ، ومع التساوي فى القرب تكون النفقة عليهم بالسوية وان اختلفوا ذكورة وأنوثة (١) •

(١) الاحكام الجعفرية ص ١٠٣ مادة ٣٩٩ ، مادة ٤٠٠ ، والمختصر النافع ص ٢١٩ ، وانظر مسائل الخلاف ح ٢ ص ١٣٠ فقد ذكر فيه أنه اذا اجتمع أم الام وأم الاب ، أو أبو الام وأم الاب فهما سواء لانهما تساويا فى الدرجة •

الفصل الثانى

« فى : النفقة الواجبة للاصول على الفروع »

الفرع اما أن يكون غنيا واما أن يكون فقيرا ، فان كان غنيا وله أصول فقراء فنفقتهم عليه ولو كانوا قادرين على الكسب •

والاصول هم الابوان ، والاجداد ، والجندات من جهة الاب أو من جهة الام •

والمعتبر فى وجوب النفقة عند تعدد الفروع هو قرب درجة الفرع من أصله دون نظر الى كونه وارثا أو غير وارث ، متحدا معه فى دينه أو غير متحد ، فان كانوا جميعا فى درجة واحدة فنفقة الاصل عليهم بالسوية (١) ، وعلى هذا فمن له بنت ، وابن ابن فنفقتة كلها على بنته لقرب درجتها منه ، ولا شىء على ابن الابن لبعده ، ومن له ابن ابن ، وبنت بنت فنفقتة عليهما بالسوية لاتحادهما فى الدرجة ، ومن كان مسلما وله ابنا أحدهما مسلم والاخر كتابى فنفقتة عليهما بالسوية ، ومن كان له ابن كتابى ، وابن ابن مسلم فنفقتة على ابنه الكتابى لقربه وان خالفه فى دينه ، ولا شىء على ابن ابنه المسلم لبعده فى الدرجة وان وافقه فى دينه •

وان كان الفرع فقيرا فاما أن يكون له كسب يزيد عن حاجته ، واما أن يكون له كسب لا يزيد عن حاجته ، واما أن يكون عاجزا لا كسب له ، فهذه ثلاث صور :

(١) نقل صاحب البحر الرائق فى الجزء الرابع ص ٢٠٦ عن الخانية : انه لو كان للفقر ابنا أحدهما فائق الغنى والاخر يملك نصابا كانت النفقة عليهما على السواء ، ونقل فى الموضع نفسه عن شمس الائمة الحلوانى انه قال : قال مشايخنا هذا اذا تفاوتوا فى اليسار تفاوتوا يسيرا ، أما اذا تفاوتوا تفاوتوا فاحشا يجب أن يتفاوتوا فى قدر النفقة ١ هـ .

الصورة الاولى — اذا كان للفرع كسب يزيد عن حاجته وجب عليه ديانة وقضاءً أن ينفق من فائض كسبه على من تلزمه نفقته من أصوله الفقراء ولو كانوا قادرين على الكسب ، فالولد الذي له دخل يومي أو شهري يفيض عن حاجته يجب عليه أن ينفق منه على أبيه الفقير ولو كان قادرا على الكسب وطرقه ميسرة له ، لانه لا يليق بالابن أن يلجئ أباه الى الكد والتعب في طلب الرزق وهو قادر على أن يريعه من ذلك ، بل ويجب على الابن نفقة زوجة أبيه وخادمه ان كان بحاجة الى زوجة وخادم ، كما يجب على الابن أن يقرر لاييه نفقة خاصة يستقل بها ان طلب الاب منه ذلك — وكذا الحكم بالنسبة لسائر الاصول ، غير أنه ينبغي أن يلاحظ أنه اذا كانت الام متزوجة فنفقتها على زوجها وحده ، فان كان زوجها فقيرا فعلى ابنها أو من يليه في وجوب الاتفاق عليها على فرض أنها غير متزوجة أن ينفق عليها من ماله ثم يرجع بما أنفق على زوجها اذا أيسر (١) • وبهذا كله قال الجعفرية الا أنهم يشترطون عجز الاب عن الكسب لوجوب نفقته على ولده الذي له كسب يزيد عن حاجته •

الصورة الثانية — اذا كان للفرع كسب لا يزيد عن حاجته ، وهذه تحتها ثلاثة فروع :

أ — أن يكون الاصل قادرا على الكسب وطرقه ميسرة له — والحكم أنه لا يجب للاصل على فرعه نفقة ، اذ لا يكلف الله نفسا الا وسعها ، وعلى الاصل أبا أو جدا أن يعمل ويسعى من أجل رزقه ، أما الام والجندات فهن عاجزات عن الكسب بمقتضى الانوثة فيدخلن في حكم الفرع التالي •

(١) اذا كان زوج الام هو الاب وكان عاجزا عن الاتفاق عليها فان كان محتاجا اليها فنفقتها على ابنها موسرة كانت الام أو معسرة ، لان نفقتها حينئذ من أجل حاجة الاب ، وعلى الابن أن يقوم بكل ما يحتاج اليه الاب ، وان كان الاب غير محتاج اليها فان كانت موسرة فنفقتها من مالها وان كانت معسرة فنفقتها على ابنها ، لا من أجل أبيه لعدم احتياجه اليها بل من أجل كونها أما له .

ب — أن يكون الاصل عاجزا عن الكسب — والحكم أنه اذا كان للفرع أولاد وجب على الفرع ديانة وقضاءً أن يضم أصله اليه ليعيش معه ومع أولاده حتى لا يضيع ، وليس في ذلك كبير ضرر على الفرع وأولاده ، لان طعام الاثنين يكفى الثلاثة ، وطعام الثلاثة يكفى الاربعة ، ولا يجبر الفرع في هذه الحالة على أن يخص أصله بنفقة مستقلة ، لما في ذلك من الضرر المحقق .

واذا لم يكن للفرع ولد وكان يعيش وحده وجب عليه أن يضم أصله اليه ديانة فقط ، وفي القضاء لا يجب ضمه اليه ، لان ادخال الواحد على الواحد في طعامه يلحق به ضررا كبيرا حيث يأكل مالا يقوته ، وحينئذ يضعف عن العمل ، ويعجز عن الكسب ، وفي ذلك خوف هلاكهما جميعا ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (ابدأ بنفسك ثم بمن تعول) * ويرى بعض فقهاء الحنفية أنه يجبر قضاءً على ضمه اليه ، واحتجوا بقوله عليه الصلاة والسلام (طعام الواحد يكفى الاثنين) ، وبما روى عن عمر رضى الله عنه قال (لو أصاب الناس السنة — يعنى الشدة والمجاعة — لادخلت على أهل كل بيت مثلهم ، فان الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم) (١) — وعند الجعفرية من كان له كسب لا يزيد عن حاجته وحاجة زوجته سقطت عنه نفقة أبيه وأمه وكذا سائر أصوله .

(١) جربنا في هذه المسألة على ما جاء في البحر الرائق ح ٤ ص ٢٠٦ وما نقله ابن عابدين في حاشيته على البحر عن الذخيرة ، وعلى ما جاء في حاشيته ابن عابدين على الدر المختار ح ٢ ص ٦٩٥ — ٦٩٦ لانا وجدناه أكثر تعقلا ، وهذا هو الذي ارتضاه المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم واقتصر عليه في كتابه الاحوال الشخصية ، وكذلك ارتضاه واقتصر عليه في كتابه أيضا استاذنا الشيخ عبد الرحمن تاج شيخ الازهر السابق . وقد جاء في بدائع الصنائع ح ٤ ص ٣٦ ما حاصله : أن الولد الذي له كسب لا يزيد عن حاجته يجب عليه قضاء وديانة أن يضم أباه اليه في نفقته اذا كان الاب عاجزا عن الكسب سواء أكان للولد أولاد أم كان لا ولد له ولا زوجة ، إما ان كان الاب قادرا على الكسب

ج — أن يكون للفرع أكثر من أصل مستحق للنفقة وهو لا يقدر الا على نفقة واحد فقط — والحكم أنه يبدأ بالاقرب فالاقرب ، فان كان له أب وأم بدأ بأمه ، وقيل تقسم النفقة بين الاب والام وهو قول الجعفرية أيضا ، وان كان له أب وجد بدأ بجده .. وهكذا .

الصورة الثالثة — اذا كان الفرع عاجزا ولا كسب له فليس عليه نفقة لاصوله ولا لغير أصوله ، وانما تكون نفقة الاصول على من يلي الفرع في وجوب النفقة .

الفصل الثالث

« في : نفقة الحواشي بعضهم على بعض »

المراد من الحواشي هم الاقرباء الخارجون عن عمود النسب أي من ليسوا أصولا ولا فروعا كالاخ والاخت ، والعم والعمة ، والخال والخالة ، وما تفرع منهم ، وهؤلاء يعرفون في باب النفقة بذوي الارحام وان كان ذووا الارحام بالمعنى العام يشمل الاقرباء جميعا .

والحواشي قسمان : قسم قرابته محرمية ، أي يحرم على القريب منهم أن يتزوج قريبه لو فرض أحدهما ذكرا والاخر اثنى ، وهؤلاء كالاخوة والاختوات وما تفرع منهم ، والاعمام والعلمات ، والاخوال والخالات ، فلا يحل للاخ أن يتزوج اخته أو بنتها ، كما لا يحل له أن يتزوج عمته أو خالته . وقسم قرابته غير محرمية ، أي لا يحرم على القريب منهم أن يتزوج قريبه لو فرض أحدهما ذكرا والاخر اثنى ، وهؤلاء كابناء الاعمام ، وابناء

فانه يجب على الولد ديانة وقضاء أن يضم أباه اليه ان كان له أولاد ، فان لم يكن له أولاد وكان يعيش وحده فقول عامة الفقهاء أنه لا يجبر على ضمه اليه ، وقيل يجبر . وما جاء في البدائع هو الذي ارتضاه الاستاذ الشيخ أبوزهرة واقتصر عليه في كتابه الاحوال الشخصية .

العمات ، وأبناء الاخوال ، وأبناء الخالات ، فيحل للانسان أن يتزوج بنت عمه ، وبنت عمته ، وبنت خاله ، وبنت خالته •

والذي يجب عليه النفقة من هؤلاء لقريبه الرحمي — عند الحنفية — هم أصحاب القسم الاول ، أي الاقرباء المحارم ولو لم يكونوا وارثين بالفعل ، أما الاقرباء غير المحارم فلا نفقة عليهم ولو كانوا وارثين بالفعل (١) ، وكذا لا نفقة على المحارم غير الاقرباء كالاخ رضاعا ، والعمة من الرضاع ، وكذا لا نفقة على الاقرباء المحارم الذين حرمتهم بسبب غير القرابة كبنت العم نسبا اذا شاركت ابن عمها في الرضاع ، فانها تحل له من ناحية النسب ولكنها حرمت عليه من أجل الرضاع ••

وذهب الجعفرية في المشهور عنهم الى أن نفقة ذوي الارحام — وهم الحواشي — مستحبة فقط ولا يجبر القريب عليها ، والاستحباب أكد في حق الوارث ، وغير المشهور أنها تجب لكل ذي رحم وارث فقير وان لم يكن محرما ، وبعض أصحاب هذا القول خصها بالصغير وبعضهم جعل الوجوب شاملا للصغير والكبير (٢) •

ويشترط لوجوب نفقة ذوي الارحام المحارم بعضهم على بعض توفر الشروط التالية :

أولا — اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه ، وذلك لان سبب وجوب

(١) استدلل الحنفية على أنه لا بد من المحرمية في وجوب نفقة ذوي الارحام بقراءة ابن مسعود (وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك) وأقل ما يقال في هذه القراءة أنها تفسير مسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقد تمسك الحنابلة وابن أبي ليلى والموجبون لنفقة ذوي الارحام من الجعفرية بظاهر قوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) فأوجبوا للقريب نفقة على قريبه اذا كان بينهما توارث بصرف النظر عن المحرمية وعدمها .

(٢) الاحكام الجعفرية ص ١٠٨ والمختصر النافع ص ٢١٩ •

نفقة ذوي الارحام انما هو القرابة المحرمة المورثة في الجملة (١)، لقوله تعالى (•• وعلى الوارث مثل ذلك) ، واذا كان الميراث في الجملة ملحوظا وجب اتحاد الدين لانه لا توارث بين مسلم وغير مسلم •

ثانيا - أن يكون المنفق عليه محتاجا ، فلا تجب الا لفقير عاجز عن الكسب لصغر ، أو أنوثة ، أو زمانة •

ثالثا - أن يكون المنفق موسرا ، وذلك بأن يكون مالكا لنصاب الزكاة ، أو له كسب يزيد عن حاجته وحاجة زوجته وأولاده ان كان له زوجة وأولاد (٢) ، فان كان فقيرا وله قدرة على العمل فانه لا يجبر على أن يعمل ويتكسب من أجل الاتفاق على قريبه ، بخلاف ما تقدم في نفقة الاصول والفروع من أنه يجبر الفقير القادر منهم على العمل لينفق من كسب عمله على أصله أو فرعه المحتاج •

وينبغي أن يلاحظ ما تقدم من أن نفقة القريب من الحواشي يتوقف وجوب أدائها على قضاء القاضي ، وعلى هذا فلا يجوز لمن أصابت يده مالا لقريبه أن يأخذ منه نفقته بدون اذن ، بخلاف الاصول والفروع والزوجة حيث يجوز للاب أن يأخذ نفقته من مال ابنه بدون اذن لقوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لايك) وكذا يجوز للولد أن يأخذ نفقته من مال أبيه بغير اذنه ، وللزوجة أن تأخذ من مال زوجها بغير اذنه لقوله عليه الصلاة والسلام لزوجة أبي سفيان (خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف) •

وينبغي أن يلاحظ أيضا ما تقدم من أنه اذا امتنع القريب من الاتفاق

(١) المراد بالميراث في الجملة أنهم أهل له يستحقونه في بعض الحالات وذلك عند انفرادهم •

(٢) انظر ما ذكره صاحب بدائع الصنائع عن حد اليسار ص ٣٥ من الجزء الرابع •

على قريبه بغير مبرر شرعى فانه يجبس الفرع بامتناعه عن نفقة أصله ،
والاصل بامتناعه عن نفقة فرعه ، والزوج بامتناعه عن نفقة زوجته •

اذا علمت هذا فاعلم أن الفقير العاجز عن الكسب اما أن يكون له
قريب محرم واحد موسر من حواشيه ، واما أن يكون له منهم أقرباء محارم
موسرون •

فان كان له قريب محرم واحد موسر من حواشيه كان هو المتعين
للاتفاق عليه •

وان كان له أقرباء محارم موسرون من حواشيه ، فاما أن يكونوا
جميعا وارثين بالفعل ، واما أن يكون بعضهم وارثا بالفعل وبعضهم محجوبا
بمن هو أحق منه •

فان كانوا جميعا وارثين بالفعل كانت نفقة قريهم المحتاج عليهم
جميعا ، كل على حسب نصيبه في ميراثه منه على فرض موته ، وعلى هذا
فمن كان له أخت شقيقة ، وعم كانت نفقته عليهما بالسوية ، لان الميراث
الاخت هو النصف فرضا ، وميراث العم هو النصف الباقي تعصيا •

ومن له أخت شقيقة ، وأخ لام ، وعم فنفقته عليهم بنسبة أنصائبهم ،
على الاخت الشقيقة النصف لان نصيبها في الميراث هو النصف فرضا ، وعلى
الاخ لام السدس لان نصيبه في الميراث هو السدس فرضا ، وعلى العم
الثلث لان نصيبه في الميراث هو الثلث الباقي تعصيا •

وان كان بعض الحواشي وارثا بالفعل ، وبعضهم محجوبا بمن هو
أحق منه ، كانت نفقة قريهم المحتاج على الوارثين دون المحجوبين ، وعلى
هذا فمن كان له أخت لام ، وأخ شقيق ، وأخ لاب ، كانت نفقته على أخته
لامه وأخيه الشقيق ، على الاخت لام السدس لان نصيبها في الميراث سدس
التركة فرضا ، وعلى الاخ الشقيق خمسة أسداس ، لان نصيبه في الميراث
هو الباقي بعد نصيب الاخت لام تعصيا ، والا شئ على الاخ لاب لانه
محجوب بالاخ الشقيق •

ومن له عم شقيق أو لاب ، وخال فنفقه على عمه وحده ، لانه يحوز كل التركة تعصيا ، وليس على الخال شيء من النفقة لانه لا يرث مع وجود العم .

هذا — ولا يفوتنا أن ننبه على أنه اذا كان للقريب المحتاج محارم وارثون بعضهم موسر وبعضهم معسر فانه ينظر الى هذا المحرم المعسر هل يحوز كل التركة اذا اجتمع مع الموسرين ، أو يأخذ نصيبا منها فقط ؟ .

فان كان يحوز كل التركة فرض معدوما ، ثم ينظر الى من يرث المحتاج من محارمه الموسرين بعد ذلك فيعتبرون هم الورثة وحدهم ، ثم بعد معرفة نصيب كل منهم في الميراث تقسم نفقة المحتاج عليهم بقدر انصابتهم ، فمثلا من كان له أخ معسر ، وعمة ، وخال موسران فنفقه تكون على عمته وخاله ، على العمة الثلثان ، وعلى الخال الثلث .

ومن كان له ابن معسر ، وأخت شقيقة ، وأخت لاب ، واختان لام ، والاخوات جميعا موسرات ، فنفقته تكون على أخواته بقدر أنصابتهم ، على الاخت الشقيقة نصفها ، وعلى الاخت لاب سدسها ، وعلى كل من الاختين لام سدسها لانهما في حق الميراث شريكتان في الثلث (١) .

واذا كان المعسر لا يحوز التركة كلها ، وانما يأخذ منها نصيبا تقسم النفقة أولا عليه وعلى باقى الورثة من المحارم الموسرين ليعلم نصيب المعسر ونصيب كل من الموسرين ، ثم يقسم نصيب المعسر على الموسرين بقدر انصابتهم ، ثم يضم نصيب كل منهم فيما يخص المعسر الى نصيبه في القسمة الاولى فيكون مجموع ذلك هو مقدار ما يجب عليه من النفقة ، وبطريقة

(١) لا فرق بين هذا المثال وسابقه الا أن من فرض معدوما وكان يحوز كل التركة في المثال الاول هو الاخ وهو من الحواشي ، وفي المثال الثاني من فرض معدوما وكان يحوز كل التركة هو الابن وهو من الفروع ، والنفقة في المثالين من نفقة الحواشي بعضهم على بعض ، لان من فرض معدوما أيا كانت قرابته لم تكن عليه نفقة .

أخرى تقسم التركة كلها على الموسرين بقدر انصباهم في القسمة الاولى •
فمثلا من كان له أخت شقيقة معسرة ، وأخت لاب وأختان لام موسرات
فنفقته تكون على أخته لاييه وأختيه لامة ، على كل واحدة منهن الثلث، لان
الاخت الشقيقة كان يجب عليها لو لا عسرهما النصف بقدر ميراثها ، وكان
يجب على كل من الاخوات الباقيات السدس ، فيقسم نصيب الشقيقة عليهن
بقدر انصباهن فيخص كل واحدة منهن ثلث النصف وهو عبارة عن سدس
التركة ، فاذا ضم السدس الثانى الى السدس الاول كان مجموع ذلك هو
نصيب كل واحدة من الموسرات فى نفقة المحتاج •

ومن كان له بنت معسرة ، وأخت شقيقة ، وأخ لاب فنفقته كلها تكون
على أخته الشقيقة ، وذلك لان البنت المعسرة كان يجب عليها لو لا عسرهما
نصف النفقة ، لان لها نصف الميراث فرضا ، والاخت الشقيقة يجب عليها أولا
نصف النفقة لان لها نصف الميراث تعصيا ، ثم يضم اليها النصف الثانى الذي
كان على البنت لانها هي الوارثة معها ، أما الاخ الشقيق فلا شئ عليه لانه
غير وارث فى هذه المسألة — هذه التفريعات كلها على مذهب الحنفية •

أما الجعفرية فقد ذهب من قال منهم بوجوب نفقة ذوي الارحام الى
أنه لو وجد شخص محتاج وليس له من ذوي أرحامه الا قريب واحد موسر
فانه تجب عليه نفقته ولو لم يكن محرما •

وان كان له قريبان كل منهما وارث موسر كخال وعم فنفقته عليهما
بالسوية ... وهكذا على حسب قواعد الجعفرية فى الميراث •

الفصل الرابع

((في : ترتيب من تجب عليهم النفقة))

قد يكون من تجب عليه نفقة قريبه المحتاج شخصا واحدا ، وحينئذ يلزمه أدائها •

وقد يتعدد من تجب عليهم النفقة مع اتحادهم في جهة القرابة ودرجتها وقوتها كالابناء ، أو الاخوة الاشقاء ، أو الاعمام لاب وأم ، وحينئذ تجب عليهم النفقة بالتساوي •

وقد يتعدد من تجب عليهم النفقة مع اختلافهم في جهة القرابة أو في درجتها أو في قوتها ، وفي هذه الحالة نجد أقوال فقهاء الحنفية مضطربة فسي ترتيب من تجب عليه النفقة منهم ، ونجد العلامة ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار ج ٢ ص ٦٩٧-٦٩٨ يخترع - كما يقول - ضابطا كليا يقوم على تقسيم عقلى ، أخذه من كلام الفقهاء تصريحاً وتلويحاً ، وجمع فيه فروعهم جمعا صحيحا ، بحيث لا تخرج عنه شاذة ، ولا يغادر منها فاذة • وقد حصر ذلك في سبع حالات نذكرها بتصرف يسير لا يخل : واليك هذه الحالات :

الحالة الاولى - أن يكون لمستحق النفقة فروع فقط :

والمعتبر في ترتيب وجوب النفقة عليهم هو الجزئية وقرب الدرجة ، ولا عبء بالميراث ولا باتحاد الدين ، وعلى هذا ، فمن كان له ابن ، وبنت فنفقتة عليهما بالسوية ، لاستوائهما في الجزئية وقرب الدرجة وان كان نصيب الابن في الميراث ضعف نصيب البنت •

ومن كان له ابن ابن ، وبنت بنت فنفقتة عليهما بالسوية لاستوائهما في الجزئية وقرب الدرجة وان كان ابن الابن هو الوارث وحده •

ومن كان له ولدان أحدهما مسلم ، والآخر كتابي فنفقتة عليهما بالسوية
لاستوائهما في الجزئية وقرب الدرجة وان كان الوارث هو المسلم دون
الكتابي

ومن كان له بنت ، وابن ابن ، فنفقتة على بنته فقط لقرب درجتها وان
كان كل منهما وارثا •

الحالة الثانية - أن يكون لمستحق النفقة فروع وحواش :

والمعتبر في ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة،
ولا عبرة بالميراث ، وحيث ان الجزئية تتحقق في الفروع ولا تتحقق فسى
الحواش فإنه يسقط اعتبار الحواش ويبقى اعتبار الفروع وحدهم فتكون
النفقة عليهم على حسب قرب الدرجة كما هو الشأن في الحالة الاولى •

الحالة الثالثة - أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول :

والمعتبر في ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة،
ولا عبرة بالميراث عند اختلاق الدرجة ، فمن له أب وابن ابن فنفقتة على أبيه
وحده لانه أقرب درجة •

وان كان الفروع والاصول جميعا في درجة واحدة كانت النفقة على
من يترجح وجوبها عليه بدليل شرعى ، فمن كان له أب وابن فنفقتة على ابنه
وحده لترجح وجوبها عليه بقوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لايك) •

فان تساوا في الدرجة ولم يكن هناك دليل مرجح كانت النفقة عليهم
جميعا ، كل على حسب نصيبه في الميراث ، فمن كان له جد لاب ، وابن ابن
فنفقتة عليهما بحسب ميراثهما ، فيكون على الجد السدس ، وعلى ابن الابن
الباقى وهو خمسة أسداس •

الحالة الرابعة - أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول وحواش :

والمعتبر في ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة،
فيسقط اعتبار الحواش لعدم تحقق الجزئية فيهم ، ويبقى الفروع والاصول

لان الجزئية فيهم متحققة ، وحينئذ تؤول هذه الحالة الى الحالة الثالثة ، وقد عرفت حكمها •

الحالة الخامسة - أن يكون لمستحق النفقة أصول فقط :

والمعتبر في ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء أنه ان كان الاب فيهم كانت النفقة عليه وحده ، لما عرفته من أنه لا يشارك الاب في نفقة ولده أحد •

وان لم يكن الاب فيهم ، فاما أن يكونوا كلهم وارثين ، واما أن يكون بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث :

فان كانوا كلهم وارثين كانت النفقة عليهم كل حسب نصيبه في الميراث، ولا يلتفت لقرب الدرجة ، فمن كان له أم وجد لاب فنفقته عليهما أثلاثا ، على الام الثلث ، وعلى الجد لاب الثلثان •

وان كان بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث كانت النفقة على أقربهم درجة ولو كان غير وارث ، فمن كان له أم وجد لام فنفقته على أمه وحدها لقرب درجتها •

ومن كان له أبو أم وأبو أبي أب فنفقته على أبي الام فقط لقرب درجته وان لم يكن وارثا (١) •

وان كان بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث وكانوا جميعا في درجة واحدة فالنفقة تكون على الوارث وحده ، فمن كان له جد لام وجد لاب فنفقته على جده لاييه فقط لانه هو الوارث •

الحالة السادسة - أن يكون لمستحق النفقة أصول وحواش :

والمعتبر في ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء أنه اذا كان أحد الصنفين

(١) في هذه الصورة مناقشة قيمة للاستاذ الشيخ أبي زهرة ناقش فيها ابن عابدين ، فراجعها في حاشية كتابه الاحوال الشخصية ص ٤٢٣ - ٤٢٤ •

وارثا والآخر غير وارث اعتبر جانب الجزئية وحدها ولا يلتفت لجانب الميراث لعدم المشاركة فيه ، وعلى هذا تكون النفقة على الاصول وحدهم ولو لم يكونوا وارثين ، ولا شيء على الحواشي ولو كانوا وارثين ، وعلى هذا فمن كان له جد لاب ، وأخ شقيق فنفقته على جده لاييه لترجحه بالجزئية لا بكونه هو الوارث (١) .

ومن كان له جد لام وعم فنفقته على جده لامله لترجحه بالجزئية وان كان الوارث هو العم وحده .

واذا كان كل من الاصول والحواشي وارثا فالمعتبر هو الارث لاشتراكهما فيه ، وعليه فمن كان له أم وأخ شقيق أو لاب فنفقته على أمه وأخيه أثلاثا ، على الام الثلث ، لان ذلك هو نصيبها في الميراث ، وعلى الاخ الثلثان لانه عصبة يحوز باقي التركة .

ثم انه اذا تعددت الاصول في هذا القسم بنوعيه ننظر اليهم ونعتبر فيهم ما اعتبر في القسم الخامس ، فمن كان له جد لاب ، وجد لام ، وأخ شقيق فنفقته على جده لاييه فقط ، لانه وان اتحد مع الجد لام في الجزئية الا أنه ترجح عليه بكونه وارثا ، أما الاخ الشقيق فساقط الاعتبار بالكلية لعدم مشاركة الجد لاب لا في الجزئية ولا في الميراث .

ومن كان له أم أم ، وأم أب ، وعم شقيق فنفقته عليهم أسداسا لاشتراكهم في الميراث ، فيكون على الجدتين السدس تشتركان فيه ، وعلى العم الباقي وهو خمسة أسداس لكونه عصبة .

ومن له أم ، وجد لام ، وعم فنفقته على أمه وعمه أثلاثا لاشتراكهما في الميراث ، فيكون على الام الثلث ، وعلى العم الثلثان ، ولا شيء على الجد لام لانه أبعد درجة من الام ولا شركة له في الميراث .

(١) هذا جار على ما ذهب اليه أبو حنيفة من أن الجد كالاب في حجب الاخوة عن الميراث .

ومن كان له أم وأبو أب وعم فنفقته على أبي الأب فقط ، لانه قام مقام الأب وحجب العم عن الميراث ، وما دام الامر كذلك فلا يشاركه فى النفقة أحد كما لا يشارك الأب فى نفقة ابنه أحد ، ولولا أن الجد فى هذه الصورة قائم مقام الأب لكانت النفقة على الام وعليه أثلاثا على الام الثلث وعلى الجد الثلثان بحسب ميراثهما •

الحالة السابعة — أن يكون لمستحق النفقة حواش فقط :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الارث بعد كون القريب ذا رحم محرم ، وعليه فمن كان له أخ وعم فنفقته على أخيه ، لانه هو الوارث ولا شئ على العم •

ومن كان له أخ شقيق ، وأخ لام ، وعم فنفقته على أخويه بنسبة ميراثهما ، فيكون على الاخ الشقيق خمسة أسداس النفقة ، وعلى الاخ لام سدسها ، وليس على العم شئ لانه غير وارث •

هذا حاصل ما ذكره العلامة ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار ، وقد تتبع — على قدر الامكان — أقوال فقهاء الجعفرية وتفرعاتهم فى مسائل النفقة ، ثم ضبطتها فى سبع حالات على غرار ما فعله ابن عابدين حتى يسهل على من يعالج موضوع النفقة أن يعرف ترتيب من تجب عليهم النفقة عند التعدد ، واليك هذه الحالات السبع باختصار :

الحالة الاولى — اذا كان لمستحق النفقة فروع فقط :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، فيقدم الاقرب فالاقرب ، وعند التساوى فى الدرجة تكون النفقة عليهم بالسوية ، ولا عبرة فى هذه الحالة بالميراث ولا باتحاد الدين •

الحالة الثانية — اذا كان لمستحق النفقة فروع وحواش :

والمعتبر في ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، وعلى هذا تكون النفقة على الفروع وحدهم لتحقق الجزئية ولا نفقة على الحواش لعدم تحققهما •

الحالة الثالثة — اذا كان لمستحق النفقة فروع وأصول :

والمعتبر في ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، ولا عبء بالميراث ولا باتحاد الدين ، وعلى هذا فيقدم الاقرب فالاقرب ، وعند التساوي في درجة القرابة تكون النفقة عليهم بالسوية ، فلو كان للفقير أب وابن فنفقته عليهما بالسوية ، خلافا لما تقدم من مذهب الحنفية ، ولو كان له ابن وجد فنفقته على ابنه فقط ، ولو كان له جد وابن ابن فنفقته عليهما بالسوية •

الحالة الرابعة — اذا كان لمستحق النفقة فروع وأصول وحواش :

والمعتبر في ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، وعلى هذا تكون النفقة على الفروع والاصول وحدهم كما في الحالة الثالثة •

الحالة الخامسة — اذا كان لمستحق النفقة أصول فقط :

وهنا لا عبء بالميراث ولا باتحاد الدين وانما المعتبر هو الجزئية وقرب الدرجة الابوة أولا فيقدم الاب ، ثم الجد أبو الاب ، ثم أبوه • • وهكذا وان علا ، وان عدت الالباء أو كانوا في حكم العدم لمصرهم فالعبء بقرب درجة الامومة لاب أو لام ، وعليه تكون النفقة على الام أولا ، ثم على أيها وأمها وان علوا الاقرب فالاقرب ولو كان الاقرب اثنى والابعد ذكرا ، ومع تساويهم في القرب تكون النفقة بينهم بالسوية ولو اختلفوا في الذكورة والانوثة ، ومن كان له أم أم ، وأم أب فنفقته عليهما بالسوية ، وكذا الحكم

لو كان له أبو أم ، وأم أب لاستوائهما في الدرجة (١) •

الحالة السادسة — اذا كان لمستحق النفقة أصول وحواش :

والمعتبر في ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، وعلى هذا فالنفقة تكون على الاصول وحدهم لتحقيق الجزئية فيهم ، ولا نفقة على الحواشي لعدم الجزئية فيؤول الامر الى الحالة الخامسة •

الحالة السابعة — اذا كان لمستحق النفقة حواش فقط :

والمعتبر في ترتيب النفقة على هؤلاء — عند من يقول بوجود النفقة على الحواشي — هو الميراث دون التقات الى كون القرابة محرمية أو غير محرمية ، فمن له أخوان موسران أحدهما مسلم ، والاخر كتابي فنفقته على المسلم وحده ، ومن له وارثان كخال وعم موسران فنفقته عليهما بالسوية •

وبعد فهذا تمام ما وفقني الله اليه ، وأعاني عليه ، فله الحمد في الاولى والاخرة ، وله الحكم ، واليه ترجعون ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وأصحابه ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين •

(١) الاحكام الجعفرية ص ١٠٣ مادة ٣٩٩ ، ومسائل الخلاف ج ٢ ص ١٣٠ •

« كلمة ختامية »

بدأت تأليف هذا الكتاب وكنت أحسب أن في الوقت متسعاً أتمكن فيه من مراجعة ما أكتب مراجعة دقيقة حتى أتدارك ما قد يفوت علي أو على القارئ بالطبع من خطأ .. ولكنني شغلت بدروس في الصباح والمساء ما بين كلية الحقوق وكلية الشريعة ، فوق ما أنا مشغول به من اعداد الكتاب للطبع ومراجعة المطبعة في كثير من الاوقات للوقوف على ما أنجزت من عمل .. ومع ذلك فقد كنت أتتبع (ملازم) الكتاب أولاً بأول ، وأقوم باصلاح ما وقع فيها من خطأ ، وأنبه الطلاب عليه حتى يكونوا على بينة من الامر .

ومرت الايام على هذا الوضع ، من ضيق الوقت وكثرة المشاغل ، ثم كان ما غير الحال وشتت البال فتركت العراق ولم أنجز من الكتاب الا ما يقرب من نصفه .. وفي مصر أتممت الكتاب تأليفاً ، ثم بعثت بما كتبت الى المطبعة في بغداد لتقوم بطبعه ، ثم تخرج الكتاب للناس تاماً غير منقوص . ولما كان طبع الملازم الاخيرة يحتاج الى مراجعة وتصحيح ، وكان لا بد للكتاب من فهرس يكون دليلاً على أماكن أبوابه وفصوله ومباحثه التفصيلية ، وكان لا بد بعد ذلك كله من جدول يبين صواب الخطأ الذي يقع فيه الانسان عن غير قصد ... لما كان ذلك ، وكنت أنا في القاهرة والكتاب في بغداد ما طبع منه وما لم يطبع بعد بحثت عنم يقوم بهذه المهمة عني فوجدت أن خير من يصلح لها هما الاخوان الكريمان الاستاذ كمال الدين الطائي والاستاذ سعيد محمود السامرائي فعهدت بذلك اليهما، وفيهما الكفاية والحمد لله ، فلهما مني خالص الشكر وعاطر الثناء ، ومن الله الكريم عظيم الاجر وخير الجزاء .

والكتاب — رغم ما بذلت فيه من مجهود — لا أدعي أنه بلغ حد الكمال .. لا فالإنسان هو الإنسان يخطيء ويصيب ، وهو على كلا الحالين له أجر عمله ، أجر واحد ان أخطأ ، وأجران اثنان ان أصاب ، والله وحده هو المنزه عن النقص ، والمتفرد بالكمال •

ومع هذا ، فلم آل جهدا ، ولم أدخر وسعا في اخراج الكتاب على أحسن ما يكون تأليفا وتصنيفا ، وترتيا وتبوييا ، واخترت له أجود الورق وأدق المطابع ، والله يجب من عبده اذا عمل عملا أن يتقنه •

والكتاب ليس فريدا في بابه فقد سبقني الى موضوعه مؤلفون كثيرون ، قدماء ومحدثون ، ولهم جميعا فضل السبق وفضل التوجيه ، فقد استعنت بما كتبوا وترسمت خطاهم في مؤلفاتهم وقد أشرت الى كتبهم في كثير من المواضع حين نقلت عنهم حتى يسهل الرجوع اليها على من يريد الاستزادة • والناس رجالان ، رجل يرى الزلة فيطير بها فرحا ، ويمشي بها بين الناس في شماتة وتشهير ، وأعيذ القاريء أن يكون كذلك ، ورجل يرى الزلة فيتلمس لصاحبها عذرا ، ويتطلب لها مخرجا ، فان رأى القاريء الكريم زلة لقلم أو عشرة لفهم — وهو لا محالة واجد — فعليه أن يتلمس لى عذرا ، وأن يتكرم — مشكورا — بتصحيح ما يجده من ذلك •

والله أرجو أن ينفع بما كتبت ، وان يثيني عليه ، وأن يكافئ بفضل وكرمه كل من أسهم في هذا الكتاب وساعد على اخراجه ، انه بالاجابة جدير ، وهو حسبنا ونعم الوكيل ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم •

محمد حسين الذهبي

القاهرة — حدائق حلوان في : ٢٨ محرم سنة ١٣٧٩ هـ
٢ اغسطس سنة ١٩٥٩ م

الفهرس

الموضوع رقم الصحيفة

- ٤ تقديم الكتاب
- ٦ المقدمة : — نشأة الفقه الاسلامي وتطوره — التشريع الاسلامي صالح لكل زمان ومكان — معنى الاحوال الشخصية — بيان بعض المصطلحات الفقهية ٦ — ١٦
- « القسم الاول — في الزواج »
- « الباب الاول في مقدمة الزواج ومقدمات العقد ١٨ — ٤٣ »
- ١٨ الفصل الاول في مقدمة الزواج :
- معنى الزواج — نظام الزواج قبل الاسلام — نظام الزواج في الاسلام — حكمة مشروعية الزواج — عناية الشارع بالزواج وترغيب الناس فيه — صفة الزواج الشرعية •
- ٣٣ الفصل الثاني في مقدمات العقد :
- معنى الخطبة — حكمة مشروعيتهما — من تجوز خطبتها ومن لا تجوز — أثر الخطبة المحرمة في العقد — ما يراه الخاطب من المخطوبة — العدول عن الخطبة وأثره — حكم الضرر المترتب على فسخ الخطبة
- « الباب الثاني في عقد الزواج ٤٣ — ١٣٥ »
- ٤٣ الفصل الاول في أركان عقد الزواج :
- بيان أركان العقد — حقيقة الايجاب والقبول — ولاية العقد — صيغة العقد — طرق العقد •

٥٣ الفصل الثاني : في شروط عقد الزواج :
شروط الانعقاد — انواع العقد باعتبار اطلاق الصيغة وتقييدها
— شروط الصحة — النكاح المؤقت — نكاح المتعة — شروط
النفاذ — شروط اللزوم *

٧١ الفصل الثالث في أقسام الزواج وحكم كل قسم :
الزواج الباطل — تعريفه — حكمه — الزواج الفاسد — تعريفه
— حكمه — الزواج الموقوف — تعريفه — حكمه — الزواج
النافذ غير اللازم — تعريفه — حكمه — الزواج اللازم —
تعريفه — حكمه *

٧٥ الفصل الرابع في المحرمات من النساء :
(القسم الاول) المحرمات على التأييد — المحرمات بسبب
القربة — المحرمات بسبب المصاهرة — المحرمات بسبب
الرضاع — (القسم الثاني) المحرمات على التأقيت — المشغولة
بحق الغير — الجمع بين محرمين — المطلقة ثلاثا — تزوج الامة
على الحرية — المرأة الملاعنة — من لا تدين بدين سماوي —
الزيادة على الاربع والرد على من أنكر تعدد الزوجات وعلى
من أنكر على الرسول الزواج بأكثر من أربع *

٩٥ الفصل الخامس في الولاية في الزواج :
تعريف الولاية — أسباب الولاية على النفس في الزواج —
شروط الولاية — ترتيب الاولياء — انتقال الولاية عن الولي
القريب الى البعيد — أنواع الولاية — أحكام تزويج الاولياء —
متى يسقط خيار المولى عليه ؟ *

١١٠ الفصل السادس في الوكالة بالزواج :

عقد الزواج يقبل الانابة — هل للوكيل أن يوكل غيره ؟ —
حقوق الزواج لا تلزم الوكيل — أحكام تصرفات الوكيل •

١١٣ الفصل السابع في الكفاءة بين الزوجين :

معنى الكفاءة — موقف التشريع الاسلامي من الكفاءة —
الصفات المعتبرة في الكفاءة — الجانب الذي تشترط فيه
الكفاءة — الوقت الذي تشترط فيه الكفاءة — من صاحب
الحق في الكفاءة ؟

١٢١ الفصل الثامن في زواج المسلمين من غير المسلمين :

زواج المسلم من الكتابية — زواج المسلم ممن لا تدين بدين
سماوي — زواج المسلمة من غير المسلم — حكمة الحل
والحرمة — اجراءات العقد على الكتابية •

١٢٧ الفصل التاسع في زواج غير المسلمين ، وفيه بيان متى

يجوز لنا أن نتدخل في عقود زواجهم ومتى لا يجوز •

١٣٢ الفصل العاشر في اثبات الزوجية :

طرق الاثبات — تسجيل العقد

« الباب الثالث في حقوق الزوجية ١٣٦ — ٢٠٨ »

١٣٦ الفصل الاول في حقوق الزوجة على زوجها :

الحق الاول المهر — تعريفه — دليل وجوب المهر لم كان المهر
على الزوج دون الزوجة ؟ — سبب وجوب المهر — أنواع
المهر — مقدار المهر — ما يصلح مهرا وما لا يصلح — تعجيل

المهر وتأجيله - أصحاب الحق في المهر - المهر الواجب -
 الزيادة على المهر والخط منه - شروط الزيادة في المهر -
 شروط الخط من المهر - متى يتأكد وجوب كل المهر للزوجة ؟
 - متى يجب للزوجة نصف المهر ؟ - متى تجب المتعة للزوجة ؟
 - متى يسقط كل المهر ولا يجب شيء للزوجة ؟ - المهر المقترن
 بشرط - قبض المهر والتصرف فيه - ضمان المهر - هلاك
 المهر واستهلاكه - استحقاق المهر - زيادة المهر ونقصانه -
 حكم الزيادة - حكم النقصان - قضايا المهر - الاختلاف في
 قبض المهر - الاختلاف في أصل التسمية - الاختلاف في مقدار المسمى -
 الاختلاف في مهر السرو ومهر العلانية - الجهاز وقضاياها - هل تلزم
 الزوجة بالجهاز ؟ - قضايا الجهاز •

الحق الثاني من حقوق الزوجة النفقة : تعريفها - حكم ١٧٤
 النفقة والدليل عليه - سبب استحقاق الزوجة للنفقة -
 شروط استحقاق النفقة - متى تجب النفقة للزوجة ومتى
 تسقط ؟ - تقدير نفقة الزوجة - ما يجب أن يراعى عند تقدير
 النفقة - أنواع النفقة الواجبة للزوجة (النوع الاول) نفقة
 الطعام (النوع الثاني) نفقة الكسوة (النوع الثالث) نفقة
 المسكن (النوع الرابع) نفقة الخادم - الاجراءات التي تتخذ
 مع الزوج عند امتناعه عن أداء النفقة المفروضة - الكفالة
 بالنفقة - نفقة زوجة الغائب - متى تكون النفقة ديناً على
 الزوج ؟ - الإبراء من دين النفقة - المقاصة بدين النفقة -
 تعجيل النفقة - نفقة المعتدة •

الحق الثالث من حقوق الزوجة عدم الاضرار بها ٢٠٠
 الحق الرابع من حقوق الزوجة العدل عند تعدد الزوجات ٢٠١

- ٢٠٥ الفصل الثاني في حقوق الزوج على زوجته
- ٢٠٨ الفصل الثالث في الحقوق المشتركة بين الزوجين :
- « القسم الثاني - فرق الزواج وآثارها »
- ٢١٠ تمهيد : - معنى الفرق - أنواع الفرق ومميزات كل نوع -
- من الفرق ما يتوقف على قضاء القاضي ٢١٠ - ٢١٥
- « الباب الاول في الطلاق ٢١٥-٢٧١ »
- ٢١٥ الفصل الاول في تعريف الطلاق والادلة على جوازه ،
- وحكمة مشروعيته ، وصفته الشرعية :
- تعريف الطلاق - الادلة على جوازه - حكمة مشروعية
- الطلاق - لم كان الطلاق بيد الزوج؟ - لم جعل الشارع الطلاق
- ثلاثا - صفة الطلاق الشرعية •
- ٢٢٢ الفصل الثاني في ما يقع به الطلاق ، ومن يقع منه ، ومن
- يقع عليها • ما يقع به الطلاق وهو ركنه - من يقع منه الطلاق - من
- يقع طلاقهم
- ٢٢٩ الفصل الثالث - في طلاق السنة وطلاق البدعة - حقيقة
- طلاق السنة وما يجب أن يراعى فيه - أنواع طلاق السنة -
- حقيقة طلاق البدعة وحكمه •
- ٢٣٣ الفصل الرابع في صريح الطلاق وكنياته
- ٢٣٥ الفصل الخامس في الطلاق المنجز ، والمعلق ، والمضاف الى
- زمن مستقبل - شروط صحة التعليق - حكم الطلاق المعلق

الفصل السادس فى الطلاق الرجعي والطلاق البائن — ٢٤٣

تعريف الطلاق الرجعي — متى يكون الطلاق رجعيا — حكم
الطلاق الرجعي — أقسام الطلاق البائن وتعريف كل قسم —
متى يكون الطلاق بائنا — حكم الطلاق البائن — أحكام
الطلاق البائن بينونة صغرى — أحكام الطلاق البائن بينونة
كبـرى

الفصل السابع فى الرجعة — تعريفها — من له حق الرجعة ٢٥٧

— بم تكون ؟ شروطها — الخلاف فيها •

الفصل الثامن فى تعويض الطلاق — تعريفه — دليل ٢٦١

مشروعيته — حقيقته — صيغ التفويض — أقسامه — حكمه

الفصل التاسع فى طلاق المريض مرض الموت — تعريف ٢٦٨

مرض الموت — حكم الطلاق فيه

« الباب الثانى فى الخلع ٢٧٢ — ٢٨٦ »

تعريف الخلع — دليل مشروعيته — ركنه — شروطه — ٢٧٢

حقيقته — الفرق بينه وبين الطلاق على مال — أحوال عبارة
الخلع — ما يصح أن يكون بدلا فيه — حكم أخذ البدل —
أحكام الخلع — خلع المحجوز عليها — خلع المريضة — خلع
الاجنبى •

« الباب الثالث فى الإيلاء ٢٨٧ — ٢٩١ »

تعريف الإيلاء — ركنه — شروطه — حكمه • ٢٨٧

« الباب الرابع في اللعان ٢٩١ - ٢٩٦ »

تعريف اللعان - سببه - صورته - أصل مشروعيته - ٢٩١
شروطه - حكمه •

« الباب الخامس في تطليق القاضي الزوجة على زوجها ٢٩٦ - ٣٠٨ »

الفصل الاول في التطليق لعيب الزوج - شروط التفريق ٢٩٧
بالعيب •

٣٠١ الفصل الثاني في التطليق لعدم الاتفاق
٣٠٥ الفصل الثالث في التفريق للضرر
٣٠٦ الفصل الرابع في التطليق لغيبة الزوج
٣٠٨ الفصل الخامس في التطليق لحبس الزوج

« الباب السادس في الفرقة بسبب الردة ٣٠٨ - ٣١١ »

إذا ارتد أحد الزوجين دون الآخر - إذا ارتد كلا
الزوجين •

« الباب السابع في الظهار ٣١١ - ٣١٤ »

٣١١ تعريف الظهار - ركنه - شروطه - حكمه •

« الباب الثامن في العدة ٣١٤ - ٣٢٩ »

٣١٤ تعريف العدة - سببها - حكمة مشروعيته - أنواعها -
تحول العدة من نوع الى نوع - عدة من تزوجها مطلقها وهي
في عدتها ثم طلقها - تداخل العدتين - مبدأ العدة ونهايتها -
ما يجب على المعتدة وما يجب لها •

« القسم الثالث - في النسب وتوابعه »

« الباب الاول فى ثبوت النسب ٣٣١ - ٣٤٩ »

٣٣١ الفصل الاول فى ثبوت النسب بالفراش - والامور التى
يثبت النسب بواحد منها - تعريف الفراش - حكمه - ما ينبني
عليه ثبوت النسب بالفراش - ثبوت النسب فى الزواج الصحيح
- ثبوت النسب فى الزواج الفاسد - ثبوت النسب فى الوطء
بشبهة - ثبوت النسب فى الطلاق قبل الدخول - ثبوت النسب
فى الطلاق بعد الدخول - ثبوت النسب بعد وفاة الزوج •

٣٣٩ الفصل الثانى فى ثبوت النسب بالاقرار - شروطه

٣٤٤ الفصل الثالث فى ثبوت النسب بالبينة

٣٤٦ فصل فى اللقيط وأحكامه - تعريف اللقيط - حكم
التقاطه - أحق الناس بامساكه - مركزه من الحرية والاسلام
الولاية عليه - نسبه •

« الباب الثانى فى الرضاع ٣٤٩ - ٣٦٤ »

٣٤٩ الفصل الاول فى الرضاع الذى هو حق الطفل - من
يجب عليه الرضاع - متى يجب على الام ؟ الاجرة عليه

٣٥٣ الفصل الثانى فى الرضاع الموجب لحرمة النكاح - تعريف
الرضاع - حكمه - مدته - المقدار المحرم منه - حكم لبن
الرضاع المخلوط بغيره - لبن الفحل - ما يثبت به الرضاع •

« الباب الثالث فى الحضانة ٣٦٥ - ٣٧٩ »

٣٦٥ تعريف الحضانة - من له حق الحضانة - شروط أهلية
الحضانة - الحضانة حق الطفل وحق الحضانة - مكان
الحضانة - الاجرة عليها - مدتها - ما بعد الحضانة •

« الباب الرابع في النفقة ٣٨٠ - ٤٠٥ »

٣٨٠

تمهيد - الاصول المقررة

٣٨٥

الفصل الاول في النفقة الواجبة للفروع على الاصول -

النفقة الواجبة للولد على أبيه - النفقة الواجبة للولد على غير أبيه من أصوله .

٣٩٠

الفصل الثاني في النفقة الواجبة للاصول على الفروع

٣٩٣

الفصل الثالث في نفقة الحواشي بعضهم على بعض

٣٩٩

الفصل الرابع في ترتيب من تجب عليهم النفقة - حالات

مستحق النفقة .

٤٠٦

كلمة ختامية

اصلاح الخطأ

الصواب	الخطأ	السطر	الصحيفة
وأطرح	وأطرح	١٤	١٠
ينزو	ينزوا	١١	٢٥
التأييد	التأييد	٦	٣٤
ثمة	ثمت	١٢	٤٠
صداقتها	صداقتها	١٧	٦٤
والصحيح انه يثبت به النسب	يكتب بعد السطر ٢٢ ، ٢٣	٢٢	٦٥
الكفاءة	الكفاء	٢٣	٦٩
أو ماتت	أو مات عنها	١٤	٧٨
سواء أكانت حاملا أم غير حامل	سواء كانت حاملا أو غير حامل	١١	٨٣
يكتب بعد سطر ١٢ ، وقال الجعفرية اللعان فسخ ويتعلق به تحرير مؤبد لا يرتفع بحال لقوله عليه السلام (المتلاعنان لا يجتمعان أبدا)			٨٧
وأخيرا	وأخير	١٧	٩٤
اليه	اليها	٢	٩٥
الى ان هذه الولاية	ان هذه الولاية	١٧	١٠٣
كان على القاضي	على القاضي	٤	١٢٨
وهو مهر المثل	وهو المثل	٧	١٤٦
الافاقية	الافاتية	١٣	١٥١
يحذفان		١٤	١٥٤
بعد الطلاق وقبل الدخول فهي	بعد الطلاق فهي	١٥	
قد تكونان	قد يكونا	١٢	١٦٢
لا يريد	لا ير	٢١	١٦٧
او كان احدهما موسرا	وكان احدهما موسرا	١٣	١٨٠
بعد عسر يسرا	بعد العسر عسرا	١٢	١٨٢
		٢٠	١٨٨
يحذف كل السطر		٥	١٩٠
لكل يوم	كل يوم	١٤	١٩٦
للمبتوتة	للمبتونة	٧	١٩٩
وصيرورتها	وصيرورتها	١٤	٢٠٠

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٠٦	١٧	ديانة لا قضاء	ديانة
٢١٠	١٥	نقص	نقص
٢٩٢	١٤	انه	ان
٢٩٢	٢١	عند	عن
٢٩٣	١	البنيه	البنية
٢٩٦	٣	فيلحق	فيلتحق
٢٩٧	٣	يضاف الى اول السطر كلمة (سبب)	
٢٩٨	٢	غنيا	عنينا
٢٩٨	٢٥	بمهل	يمهل
٢٩٩	٧	ترصد	ترض
٢٩٩	٨	تضاف كلمة (به)	بعد كلمة ما تتضرر
٢٩٩	٢٣	شمسه	شمسيه
٣٠٠	١٧	احضاره	احضار
٣٠٧	٥	يكن	يمكن
٣٠٧	١٨	بتطبيقه	بتطبيقه
٣١١	١٨	تحل كلمة (لنسب)	بعد كلمة (تأييدا)
٣٢٦	٤	استظهره	استظهره
٣٢٦	٩	الشهه	الشبهة
٣٢٧	١	لان	لاقل
٣٣٥	٥	الحكيم	الحكم
٣٤١	٦	علاء	على
٣٤٣	٢٢	يقول	قول
٣٥٠	٥	حاضنة	حاضنته
٣٥٣	١٧	حقنه	حقنة
٣٥٧	٢	أرضعتها	أرضعتها
٣٥٧	١٩	عديم	عدم
٣٦١	٩	يشترطون	يشترطون
٣٦٢	٢٠	لم	له
٣٦٦	١٧	تربيتهم	ترتيبهم
٣٦٨	٣	وأخوانه	وأخوانه
٣٦٨	١٣	المتساوين	المتساويين
٣٦٩	٤	لعاقله	العاقلة

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٣٧٠	٥	لامة	لامه
٣٧٣	١٧	والنفقة	والفقه
٣٧٣		يضاف بعد سطر ١٨ ما يأتي : لاييه ولا لغيره حق في أن ينزعه منها وينتقل به الى مكان آخر غير الذي يهيئه له	ي
٣٧٤	٢١	يهيئه	يهيئه له
٣٨٥	٣	لم	له
٣٨٨	١٧	الارت	الارث
٣٩٦	١٣	الميراث	ميراث
٤٠٠	١٣	اختلاق	اختلاف
٤٠٤	١٦	الدرجة	درجة
٤٠٩	١١	التأييد	التأييد

ملحق اصلاح الخطأ الموجود بكتاب الاحوال الشخصية

الصحيحة السطر	الخطأ	التصواب
٢٣٨ ٨	قبل النكاح	بعد النكاح
٢٤٩ ٢١	أمضيها	أمضيها
٢٦٦ ١٨٠١٧	أولها	ولها
٢٦٧ ٤	أنها خالفت	أنها ان خالفت
٢٧٣ ٦	يلتزم	يلزم
٢٧٦ ٢٣	معاوضة	يمين
٢٨٠ ١	يتصرف	ينصرف
٢٨٢ ١٢	ولا لاحدهما	ولا ما لاحدهما
٢٨٢ ١٨	بالخلع المبراه	بالخلع والمبراه
٢٨٩ ١٨	وطأ	وطء
٢٨٩ ٢٠	وطىء	وطء
٢٨٩ ٢٢	الوطأ	الوطء
٢٨٩ ٢٣،٢٢	من كتابه المذكور فانهم	من كتابه المذكور ، اما الشافعية فانهم
٢٩٠ ٢٣	بالوطأ	بالوطء
٢٩١ ١٧	ومخالفهم	ومخالفهم
٢٩٢ ٢٢	في حد	في حق
٢٩٣ ١٩	وينزل	وينزل
٢٩٤ ٣	ولا بينة	ولا بينه
٢٩٨ ٢١	مضارا بها	مضارا لها
٣٠٢ ١	أتاه .. الا ما أتاها	أتاه .. الا ما آتاها
٣٠٣ ٦	هذا الاثر فمراسيل	هذا الاثر فمراسيل
٣٠٣ ١٤	بهذا المذهب وأخذ	بهذا المذهب في مصر واخذ
٣٠٤ ١	فيها	فيها
٣٠٤ ٦	ظاهرا	ظاهر
٣١٤ ١٩	مؤقت وذلك	مؤقت ، سببه زواجه بمن طلقها ، وذلك
٣١٥ ١٦	عرفان لجميل	عرفان الجميل
٣١٨ ١	يوما	عاما

حيضات	حيظات	٥	٣١٨
تسعين	تعين	١٥	٣١٨
وفاة	وفات	١٠	٣١٩
الآيسة	الآية	٢١	٣٢٠
على ما استظهره	على استظهره	٤	٣٢٦
وتسعة وثلاثون	أو تسعة وثلاثون	٦	٣٢٧
بالاطهار	بالطهر	٧	٣٢٧
لو نزل اكثره حيا	لو نزل حيا	٢٢	٣٢٧
يمكنها	يثكنها	١٨	٣٣٤
أبو المقر بالاخوة عنه	أبو المقر عنه	١٨	٣٤٣
ولم يعرف له وارث	ولم يعرف وارث	٢٠	٣٤٧
أو شهدت لها	أو شهدت له	١٩	٣٤٨
لغير أمه ترضعه	لغير أمه أن ترضعه	١٠	٣٥٠
على ان الحولين	على الحولين	٥	٣٥٥
عشر رضعات	عشر عشر رضعات	٢٤٠٢٣	٣٥٧
عندك يا عمر	عندك عند يا عمر	٥٤٤	٣٦٦
ثم الاخ لاب	ثم الاخ الاب	١٨	٣٦٦
لواحد	الواحد	١٢	٣٧٠
ثيبا	ثيبة	٦	٣٧٩
بدأ بأبيه	بدأ بجده	٤	٣٩٣
ذوي الارحام الوارثين من الجعفرية	ذوي الارحام من الجعفرية	٢١	٣٩٤
الحواشي	الحواش	٢	٤٠٤